Verfassungsrechtliche Probleme des Energiewirtschaftsgesetzes (EWG) vom 13. 12. 1935

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät der
Georg August Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Referendar Oltmann Klockgeter aus Oldenburg
Göttingen 1963

1964

Meinem Vater

Rechtsanwalt Dr. jur. Oltmann Klockgeter

Gefallen am 29. April 1945 in Abano Terme

Verfassungsrechtliche Probleme des Energiewirtschaftsgesetzes (EWG) vom 13. 12. 1935

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät der
Georg August Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Referendar Oltmann Klockgeter aus Oldenburg
Göttingen 1963

Berichterstatter: Professor Dr. Werner Weber

Mitberichterstatter: Professor Dr. Ernst-Rudolf Huber

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Februar 1964

Literaturverzeichnis

Achterberg, Norbert	Zulässigkeit und Schranken stillschweigender Bundeszuständigkeiten im gegenwärtigen deutschen Verfassungsrecht, AöR Bd. 86 (1961) S. 63 ff.
Albrecht	Das Recht der Revolution, Berlin 1934
van Aubel, Peter	Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung, HdBKomWissuPr., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1959, Bd. III S. 877 ff.
Bachof, Otto	Freiheit des Berufs, die Grundrechte Bd. III 1. Halbband, Berlin 1958, S. 155 ff.
	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL Bd. 12 (1954) S. 37 ff.
	Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955 S. 97 ff.
	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1957 S. 334 ff.
	Anmerkung zu BVerwG JZ 1958 S. 285 ff.
	Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1958 S. 468 ff.
	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1962 S. 350 ff.
Ballerstedt, Kurt	Wirtschaftsverfassungsrecht, Die Grundrechte Bd. III 1. Halbband, Berlin 1958, S. 1 ff.
Becker, Hans Joachim	Zulassungsbeschränkungen im Kreditgewerbe, DÖV 1956 S. 422 ff.
Benkendorff, G.	Gilt der Genehmigungsvorbehalt nach § 5 des Energiewirtschaftsgesetzes auch heute noch?, EltW 1951 S. 218 ff.
Bender, Bernd	Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, MDR 1959 S. 441 ff.
Best, Werner	Das Deutsche Kriegsrecht, DR 1939 S. 1834 ff.
Bettermann, Karl August	Anmerkung zu BGH JZ 1958 S. 162 f.
Bonner Kommentar	Kommentar zum Grundgesetz (Bonner Kommentar) mit 11. Ergänzungslieferung, Hamburg 1956
Brügelmann, Hermann und Ludwig, Wolfgang	Kommunale Versorgungswirtschaft, HdBKomWissu Pr Bd. III S. 655 ff.
Darge-Melchinger-Rumpf	Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13. Dezember 1935, erläutert von Dr. Hans Darge, Dr. Eugen Melchinger, Dr. Fritz Rumpf, Berlin 1936
Dernedde	Anmerkung zu OLG Neustadt/Weinstraße DVBl 1952 S. 125
Drews-Wacke	Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage, Köln-Berlin 1961

Dürig, Günter	Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953 S. 193 ff.
	Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystems, JZ 1955 S. 521 ff.
	Anmerkung zu BVerfG JZ 1958 S. 167 ff.
Ehrensberger, Otto	Verfassungsrechtliche Fragen im Grenzgebiet zwischen kommunaler Selbstverwaltung und freier Wirtschaft, DÖV 1956 S. 129 ff.
Eiser-Riederer-Sieder	Energiewirtschaftsrecht, Kommentar, 3. Auflage, München-Berlin 1962
Enneccerus-Nipperdey	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Erster Band, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14. Auflage, Tübingen 1952—1955
Fischerhof, Hans	Rechtsfragen der Energiewirtschaft, Frankfurt/M. 1956
	Anmerkung zu OLG Frankfurt NJW 1953 S. 1306 ff.
	Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957 S. 305 ff.
	„Daseinsvorsorge" und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960 S. 41 ff.
Forsthoff, Ernst	Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, Tübingen 1931
	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München-Berlin 1961
	Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959
Friedrich, Werner	Aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, NJW 1952 S. 367 ff.
Friesenhahn, Ernst	Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, R-S-W Bd. II S. 239 ff., Stuttgart-Köln 1950
	Zur Neuordnung des Anwaltsrechts, NJW 1949 S. 701 ff.
	Grundgesetz und Energiewirtschaft, EltW 1957 S. 12 ff.
Fuß, Ernst-Werner	Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger, DVBl 1958 S. 739 ff.
Füßlein	Der überregionale Verwaltungsakt, DVBl 1951 S. 33 ff.
von Gamm, Otto Friedrich Frhr.	Das Verwaltungshandeln und der Rechtsweg, NJW 1957 S. 1055 ff.
Geiger, Willi	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar, Berlin-Frankfurt/M. 1952
Geist, Ernst	Das Starkstrommonopol, ETZ 1908 S. 215
Gelhaar	Die Elektrizitätswirtschaft in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Betrieb 1958, Beil. Nr. 3

Gerth, Erich	Gefahrenbekämpfung bei der Gasversorgung, DÖV 1961 S. 51 ff.
Giese, Friedrich	Energieversorgung als öffentlich-rechtliche Einrichtung, RVBl 1938 S. 845 ff.
Göller, Hans	Die Beeinflussung der Rechtsverhältnisse gemeindlicher Energieversorgungsunternehmen durch die Deutsche Gemeindeordnung und das Energiewirtschaftsgesetz, Würzburg-Aumühle 1939
Greif, Wolfgang	Personenbeförderungsgesetz, Kommentar, München-Berlin 1961
Grewe, Wilhelm	Bundesrecht und Bundesgesetzgebung, Bericht über die Weinheimer Tagung des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten in Frankfurt am Main am 22. und 23. Oktober 1949, Frankfurt am Main 1950, S. 28 ff.
Haas, Diether	System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten, Karlsruhe 1955
Haegert, Wilhelm	Organe der Länder auf Bundesebene, NJW 1961 S. 1137 ff.
Hamann, Andreas	Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied-Berlin-Darmstadt 1958
	Das Grundgesetz, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. Auflage, Neuwied-Berlin-Darmstadt 1961
	Referentenkommentare, NJW 1957 S. 616 ff.
	Wirtschaftswerbung im Rundfunk und Fernsehen, NJW 1957 S. 1422 ff.
Hamel, Walter	Das Recht zur freien Berufswahl, DVBl 1958 S. 37 ff.
Helmreich-Widtmann	Bayerische Gemeindeordnung, 2. Auflage, München-Berlin 1959
Hesse, Konrad	Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR Bd. 77 (1951/1952) S. 167 ff.
Huber, Ernst Rudolf	Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Auflage, Hamburg 1939
	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1953/54
	Selbstverwaltung der Wirtschaft, Stuttgart-Köln 1958
	Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956 S. 97 ff.; S. 135 ff.; S. 172 ff.; S. 200 ff.
Hüttl, Adolf	Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1956 S. 483 ff.
	Sind die gemeindlichen Versorgungsbetriebe den wirtschaftlichen Unternehmen in § 67 DGO zuzuordnen?, DÖV 1958 S. 198 ff.

Ipsen, Hans Peter — Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in „Um Recht und Gerechtigkeit", Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart-Köln 1950

Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL Bd. 10 (1952) S. 74 ff.

Aktuelle Zuständigkeitsfragen im Lebensmittelrecht, DÖV 1956 S. 193 ff.

Anmerkung zu BVerwG DVBl 1957 S. 321 f.

Jacobi, Erwin — Die Rechtsverordnung, HdDStR Bd. II S. 237 ff., Tübingen 1932

Jansen, Gustav J. — „Sachzusammenhang" und „Kompetenzverschiebung", DÖV 1955 S. 436 f.

Jellinek, Walter — Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Offenburg 1948

Grundgesetz und Wehrmacht, DÖV 1951 S. 541 ff.

Kaiser — Konzessionsabgaben und Kontrahierungszwang, RVBl 1938 S. 807 ff.

Klein, Friedrich — Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL Bd. 8 (1950) S. 67 ff.

Klein, Hans H. — Verfassungsimmanente Bestandssicherungsklausel, DÖV 1962 S. 41 ff.

Kleinhoff — Der enteignungsgleiche Eingriff in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DRiZ 1958 S. 167 ff.

Kleinrahm, Kurt — Der Kompetenzübergang nach Art. 129 Abs. 1 des Grundgesetzes, DÖV 1952 S. 104 ff.

Kölble, Josef — „Gemeinschaftsaufgaben" der Länder und ihre Grenzen, NJW 1962 S. 1081 ff.

Koellreutter, Otto — Deutsches Staatsrecht, Stuttgart-Köln 1953

Grundfragen des Verwaltungsrechts, Köln-Berlin 1955

Köttgen, Arnold — Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, Tübingen 1928

Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, in „Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben", S. 577 ff., Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1. Band, Karlsruhe 1960

Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, JöR Bd. 3 (1954) S. 67 ff.

Küchenhoff, Erich — Ausdrückliches, stillschweigendes und ungeschriebenes Recht in der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Rechtsgewinnung und zum Verfassungsrecht der USA, AöR Bd. 82 (1957) S. 413 ff.

Ungeschriebene Bundeszuständigkeiten und Verfassungsauslegung, DVBl 1951 S. 585 ff.; S. 617 ff.

Kutscher, Hans	Die Rechtswirkung der Aufhebung von Ermächtigungsgesetzen, BB 1949 S. 265
Laforet, Wilhelm	Deutsches Verwaltungsrecht, München-Leipzig 1937
Landé-Hermes	Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten, 2. Band, 4. Auflage, Berlin 1905
Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler	Gewerbeordnung, Kommentar, 1. Band, 11. Auflage, München-Berlin 1956
Lange, Hans Richard	Das Bundesverfassungsgericht und die „Willensaufnahme durch den Gesetzgeber", NJW 1962 S. 893 ff.
Lerche, Peter	Grundrechtsbegrenzungen „durch Gesetz" im Wandel des Verfassungsbildes, DVBl 1958 S. 524 ff.
List, Friedrich	Energierecht, 2. Auflage, Wiesbaden 1952
	Verwaltungsrecht technischer Betriebe, 2. Auflage, Baden-Baden 1955
Löning, George A.	Faktische Verträge oder öffentliches Recht, ZAkDR 1942 S. 289 ff.
Löw, Konrad	Fiskalgeltung der Grundrechte, DÖV 1957 S. 879 ff.
Ludwig-Cordt-Stech	Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwirtschaft, Frankfurt 1960
Malzer, Georg	Das Recht der Leitungsverlegung auf fremden Grundstücken, VIK-Berichte Nr. 127, März 1962
Mangels, Gerd	Ist die Aufnahme von Energieversorgung noch genehmigungspflichtig?, EltW 1954 S. 590 ff.
von Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, erläutert von Hermann Mangoldt und Friedrich Klein, 2. Auflage, 1. Band, Berlin-Frankfurt/M. 1957
Masson, Christoph	Das neue bayerische Gemeinderecht, DVBl 1952 S. 298 ff.
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, Kurzlehrbuch, 10. Auflage, München-Berlin 1961
	Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerwArch Bd. 50 (1959) S. 315 ff.
Maunz-Dürig	Grundgesetz, Kommentar mit 5. Ergänzungslieferung, München-Berlin 1961
Moser, Artur	Nochmals Rundfunk und Grundgesetz, DÖV 1954 S. 389 ff.
Müller-Heidelberg-Clauss	Das niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Kommentar, 2. Auflage, Hannover 1956
Naumann, Richard	Rezension des Kommentars von Eiser-Riederer, DVBl 1951 S. 398 ff.
	Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit, JZ 1951 S. 423 ff.
Nipperdey, Hans Carl	Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand, BB 1951 S. 593 ff.

Pagenkopf, Hans	Freiheit und Bindung des Eigentums, NJW 1952 S. 1193 ff.
Passow	Staatliche Elektrizitätswerke in Deutschland, Jena 1916
Pathe, Karl	Die Ausführung der Bundesgesetze, DVBl 1951 S. 681 ff.
Peters, Hans	Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung, in „Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit", Festschrift für Hans Huber, S. 206 ff., Bern 1961
	Die Umwandlung von Landesarbeitsrecht in Bundesarbeitsrecht, RdA 1950 S. 405 ff.
	Anmerkung zu OVG Hamburg, DÖV 1957 S. 118 ff.
Radtke, Frank Dieter	Die verfassungsrechtlichen Schranken der §§ 3, 4, 5 und 7 des Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft (EWG) vom 13. 12. 1935 (insbesondere ein Beitrag zur Frage der Zulässigkeit sogenannter Generalermächtigungen), Dissertation Marburg 1959
Reinhardt, Rudolf	Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäß Art. 14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen?, in R-S S. 1 ff., Tübingen 1954
Reuß, Wilhelm	Das Bundesverfassungsgericht zur Handwerksordnung, DVBl 1961 S. 865 ff.
Romeiß, Helmut	Zur Beanstandungs- und Untersagungsfrist nach § 4 des Energiewirtschaftsgesetzes, EltW 1953 S. 500 ff.
Rubarth, Werner	Zur Rechtsgültigkeit der Preisverordnungen, NJW 1952 S. 957 ff.
Rumpf, Fritz	Die Entwicklung des deutschen Elektrizitätsrechtes, EltW 1943 S. 96 ff.
Ruzek, Joseph	Ist die Bezeichnung „Öffentliche Versorgung" im Energiewirtschaftsgesetz klar und zweckmäßig oder sollte sie geändert werden?, EltW 1957 S. 23 ff.
Schacht, Hjalmar	Elektrizitätswirtschaft, Preuß Jahrb 1908, Bd. 41
Schack, Friedrich	Anmerkung zu BVerwG JZ 1958 S. 208 f.
Schäfer, Hans	Bundesaufsicht und Bundeszwang, AöR Bd. 78 (1952/1953) S. 1 ff.
	Bundeseigene Verwaltung, DÖV 1958 S. 241 ff.
	Die Enteignung im technischen Sinne, Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Berlin 1955, Band II, C 3 ff.
Schelberger, H.	Überlegungen zur heutigen Situation der energiewirtschaftlichen Investitionskontrolle, in „Beiträge zum Recht der Wasserwirtschaft und zum Energierecht", Festschrift für Paul Gieseke, S. 387 ff., Karlsruhe 1958
	Das Verhältnis des Anzeigeverfahrens nach § 4 EWG zu sonstigen Verfahrensbestimmungen über Bauvorhaben, EltW 1957 S. 29 ff.

Schelcher, W.	Gesetzliche Eigentumsbindung und Enteignung, AöR Bd. 57 (1930) S. 321 ff.
Scheuner, Ulrich	Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung, in R-S, S. 63 ff., Tübingen 1954
	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL Bd. 11 (1954) S. 1 ff.
	Das Grundrecht der Berufsfreiheit, DVBl 1958 S. 845 ff.
Schmidt, Karl	Gesetzesaufhebung und besonders ermächtigte Verordnung, DÖV 1949 S. 347 f.
	Zur Frage der Weitergeltung „vorkonstitutioneller" Ermächtigungen, NJW 1952 S. 1239 ff.
Schmitt, Carl	Staat, Bewegung, Volk, Hamburg 1933
	Verfassungslehre, Berlin 1954
Schnorr, Gerhard	Die Rechtsidee im Grundgesetz. Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes, AöR Bd. 85 (1960) S. 121 ff.
Schüle, Adolf	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Rechtsformen und Rechtsschutz, VVDStRL Bd. 11 (1954) S. 75 ff.
Scupin, Hans Ulrich	Diskussionsbeitrag in VVDStRL Bd. 16 (1958) S. 261 ff.
Serick, Rolf	Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin-Tübingen 1955
Siebert, Wolfgang	Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in Festschrift für Hans. Niedermeyer, S. 215 ff., Göttingen 1953
Stern, Klaus	Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, AöR Bd. 84 (1959) S. 137 ff.; S. 273 ff.
Stödter, Rolf	Über den Enteignungsbegriff, DÖV 1953 S. 97 ff.; S. 136 ff.
von Strahlenheim, Henning Frhr.	Die Befugnisse oberster Bundesbehörden zum Erlaß von Verwaltungsakten, Selbstverwaltung 1950 S. 281 ff.
Thoma, Richard	Anmerkung zu OLG Tübingen DRZ 1948 S. 142 f.
von Turegg, Kurt Egon	Bundeseigene Verwaltung, NJW 1951 S. 868 ff.
	Öffentlich-rechtliche Genehmigung für Energieversorgungsunternehmen, NJW 1954 S. 861 ff.
Uber, Giesbert	Freiheit des Berufs, Hamburg 1952
Ule, Carl-Hermann	Über das Verhältnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, in „Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge", S. 127 ff., Stuttgart-Köln 1957
	Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in „Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht", Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 309 ff., München 1955

Voigt, Alfred	Ungeschriebenes Verfassungsrecht, VVDStRL Bd. 10 (1952) S. 33 ff.
Wacke, Gerhard	Verfassung und Polizeiverordnungen, DÖV 1955 S. 456 ff.
Weber, Werner	Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 2. Auflage, München-Berlin 1943
	Eigentum und Enteignung, in „Die Grundrechte" Bd. II, S. 321 ff., Berlin 1954
	Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, Göttingen 1953
	Die Vereinbarkeit des Verteidigungsbeitrages mit dem Grundgesetz, AöR Bd. 78 (1952/1953) S. 129 ff.
	Die Entschädigungspflicht bei Naturschutzmaßnahmen, DÖV 1955 S. 40 ff.
	Zur Rechtsgültigkeit des Preisgesetzes, DÖV 1957 S. 33 ff.
Weber-Haustein	Rechtsgrundlagen des deutschen und des zwischenstaatlichen Verkehrs, Darmstadt 1956
Weidner, Viktor	Zur Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, JZ 1959 S. 698 ff.
Weingardt, Olaf	Der überregionale Verwaltungsakt, BayerVerwBl 1960 S. 174 ff.
Wenzel, Leonhard	Die Problematik der richterlichen Ausfüllung von Gesetzeslücken, JZ 1960 S. 713 ff.
Werthauer, Kurt	Die Kompetenz der oberen Bundesgerichte zur Anwendung von Landesrecht, NJW 1957 S. 1388 ff.
Wieacker, Franz	Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung, ZAkDR 1943 S. 33 ff.
Windel, Walter	Die Monopolisierung der Erzeugung und Verteilung elektrischer Energie, Dissertation Berlin 1910
Wintrich, Josef M.	Zur Problematik der Grundrechte, Köln-Opladen 1957
Wolff, Bernhard	Die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, AöR Bd. 78 (1952/1953) S. 194 ff.
Wolff, Hans Julius	Verwaltungsrecht, Kurzlehrbuch, Band I, 4. Auflage, München-Berlin 1961
Zeidler, Karl	Gedanken zum Fernseh-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, AöR Bd. 86 (1961) S. 361 ff.
Zeiß, Friedrich	Kommunales Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, HdBKomWissuPr Bd. III S. 611 ff.
	Die Versorgungs- und Verkehrsbetriebe als wirtschaftliche Unternehmen nach den Deutschen Gemeindeordnungen, DÖV 1958 S. 201 ff.

Zimmermann, Theo — Willenserklärung und Gesetz, NJW 1951 S. 948 ff.

Zinn, August — Der Bund und die Länder, AöR Bd. 75 (1949) S. 291 ff.

ohne Verfasserangabe — Ist die Energieversorgung öffentliche Verwaltung? Bericht über die nachträgliche Aussprache zu dem Referat Friesenhahns (EltW 1957 S. 12 ff.) mit Beiträgen von Gieseke, Henke, Melchinger, Ruscher und Ruzek, EltW 1957 S. 69 ff.

Abkürzungsverzeichnis

AöR	Archiv für öffentliches Recht
AS	Amtliche Sammlung der Entscheidungen
AVB	Allgemeine Versorgungsbedingungen
BAnz	Bundesanzeiger
BayerBürgermeister	Der Bayerische Bürgermeister
BayerObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayerVerwBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayerVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayerVerwGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater
BBauG	Bundesbaugesetz
Beil	Beilage
Betrieb	Der Betrieb
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt Teil 1
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
B-K	Bonner Kommentar
BStBl	Bundessteuerblatt
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
D-M-R	Darge-Melchinger-Rumpf
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EltW	Die Elektrizitätswirtschaft
ENotG	Energienotgesetz
E-R	Eiser-Riederer-Sieder
Erl	Erläuterungen
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
ETZ	Elektrotechnische Zeitschrift
EVU	Energieversorgungsunternehmen
EWG	Energiewirtschaftsgesetz
GewArch	Gewerbearchiv für das Deutsche Reich
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
G(em)O	Gemeindeordnung
HdBKomWissuPr III	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 3

HdDStR II	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band 2
Huber I, II	Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1 und 2
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge
JZ	Juristenzeitung
KRG	Kontrollratsgesetz
LS	Leitsatz
L-R-E-F	Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler
M-D	Maunz-Dürig
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
v. M-K	von Mangoldt-Klein
MRG	Militärregierungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PersBefG	Personenbeförderungsgesetz
pr(euß)	preußisch
PreisG	Preisgesetz
PreußJahrb	Preußische Jahrbücher
PVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit
RBeil	Rechtsbeilage zur Elektrizitätswirtschaft
RdNr	Randnummer
RGBl	Reichsgesetzblatt Teil 1
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RNatG	Reichsnaturschutzgesetz
R-S	Reinhardt-Scheuner
R-S-W	Recht, Staat, Wirtschaft
RVBl	Reichsverwaltungsblatt
RWM	Reichswirtschaftsminister
Selbstverwaltung	Die Selbstverwaltung
Städtetag	Der Städtetag
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
VG (LVG)	Verwaltungsgericht (Landesverwaltungsgericht)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WeimRVerf	Weimarer Reichsverfassung
WGBl	Gesetzblatt der Verwaltung der Vereinigten Wirtschaftsgebiete
WVerfR	Wirtschaftsverfassungsrecht
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht

INHALTSÜBERSICHT

Seite

Kapitel 1:

Die geschichtlichen Hintergründe und die Vereinbarkeit des Gesetzes als Ganzes mit dem Grundgesetz 1

A: Die historische Entwicklung der Energiewirtschaft bis zum Erlaß des EWG und dessen Änderungen bis zum Jahre 1961 1

B: Die Vereinbarkeit des EWG als Ganzes mit dem Grundgesetz 4

Kapitel 2:

Die Vereinbarkeit des Energiewirtschaftsgesetzes mit den rechtsstaatlichen Bestimmungen des Grundgesetzes — zugleich eine Auslegung des § 4 Abs. 2 8

A: Der Gewaltenteilungsgrundsatz 8

I Rechtsweggarantie 8

II Das Problem der gesetzesvertretenden Verordnungen 9

1. Ermächtigungen zum Erlaß von Verordnungen des vereinfachten Gesetzgebungsverfahrens 10

2. Ermächtigungen zum Erlaß gesetzesändernder Verordnungen . 11

a) Änderung des § 433 Abs. 2 BGB durch eine Rechtsverordnung nach § 7 EWG 11

b) Ermächtigungen zum Erlaß gesetzesändernder Verordnungen in den §§ 12 und 13 EWG 12

3. Ermächtigungen zum Erlaß gesetzesergänzender Verordnungen 12

a) Die Problematik der §§ 3 und 4 EWG 13

b) Die §§ 7, 12 und 13 EWG als Ermächtigungsgrundlage für den Erlaß gesetzesergänzender Verordnungen 15

B: Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 17

I Die Vereinbarkeit der §§ 2 und 3 EWG mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip 17

II Die Problematik des § 4 EWG und die Bedeutung der Wendung „Gründe des Gemeinwohls“ 18

III Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der Ermächtigungen in den §§ 6, 7, 8, 12 und 13 EWG 21

C: Der Grundsatz der Rechtssicherheit 22

I Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der §§ 3 und 4 EWG . 22

1. Die Bedeutung des in der Vereinfachungsverordnung verwendeten Begriffs „bis auf weiteres“ 23

2. Die Vereinfachungsverordnung als Kriegsverordnung 24

Seite

3. Verfahrensänderungen auf Grund der Vereinfachungsverordnung 25
a) Einführung eines Genehmigungsvorbehaltes 25
b) Die Notwendigkeit einer Freigabeerklärung 27
4. Die Dauer der Fristen nach § 4 Abs. 2 EWG 28
II § 5 Abs. 1 EWG als den Grundsätzen der Rechtssicherheit genügende Norm 29
III Das Prinzip der Rechtssicherheit und die §§ 6, 7, 12 und 13 EWG 30

Kapitel 3:

Allgemeine verfassungsrechtliche Fragen zum Energiewirtschaftsrecht . . 31
A: Juristische Personen als Nutznießer der Grundrechte 31
I Die Geltung der Eigentumsgarantie 32
II Die Anwendbarkeit des Grundrechts der Freiheit des Berufs . . 32

B: Rechtsnatur der Energieversorgung 33
I Daseinsvorsorge als öffentlich-rechtliche Tätigkeit 33
1. Daseinsvorsorge als soziologischer Begriff 34
2. Folgerungen 35
II Das EWG als Beweis für den öffentlich-rechtlichen Charakter der Energieversorgung 36
1. Die Thesen Friesenhahns, Gieses und Lönings 36
2. Die Bedeutung der §§ 4, 5, 8 und 12 EWG 37
3. Inpflichtnahme der EVU für Verwaltungsaufgaben durch § 8 EWG 39
III Die Energieversorgung als Pflichtaufgabe der Gemeinden auf Grund Art. 83 BayerVerf. 40
1. Die Energieversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit i. S. der Vorschriften der DGO 40
2. Die Bedeutung des Art. 83 BayerVerf. 41

C: Das EWG und das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden 42
I Die Bedeutung des Art. 28 GG. 42
II Die Energieversorgung als Bestandteil des kommunalen Selbstverwaltungsrechtes 43

Kapitel 4:

Das Energiewirtschaftsgesetz und die Freiheit des Berufes 44
A: Die Verfassungsmäßigkeit der Kernbestimmungen des EWG 44
I Die Zulassung gemäß § 5 Abs. 1 EWG 44

Seite

1. Zweck der Bestimmung 45
2. Die Berufswahl und die Berufsausübung i. S. des Art. 12 Abs. 1 GG 46
   a) Objektive Zulassungsvoraussetzungen und das Problem der verfassungsimmanenten Schranken 47
   b) Die Energiewirtschaft als überragendes Gemeinschaftsgut . 49
   c) Subjektive Zulassungsvoraussetzungen 50
3. Die Notwendigkeit, Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit der Ermächtigung nach § 5 Abs. 1 EWG 51

II Die Investitionskontrolle nach § 4 Abs. 2 EWG 53

1. Zweck der Vorschrift 53
2. Die Untersagungsmöglichkeit als Ermächtigung zu Eingriffen in die Freiheit der Berufswahl 54
3. Der Grundsatz der Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit im § 4 Abs. 2 EWG 55

III Die Auskunftspflichten nach § 3 EWG 55

IV Die Untersagungsbefugnis nach § 8 Abs. 1 EWG 56

B: Die Verfassungsmäßigkeit der Nebenbestimmungen im EWG 57

I Der Kontrahierungszwang nach § 6 EWG 57

II Die Eingriffsmöglichkeiten in die Privatautonomie nach § 7 EWG 58

III Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der §§ 12 und 13 EWG im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG 59

C: Die Bestimmungen des EWG und das Problem des Arbeitszwanges nach Art. 12 Abs. 2 Satz 1 GG. 60

I § 4 Abs. 2 EWG als Ermächtigung zur Ausübung von Arbeitszwang 61

II § 8 Abs. 1 EWG als Grundlage zur Auferlegung eines Arbeitszwanges 61

III § 13 Abs. 1 EWG und das Verbot des Arbeitszwanges 62

Kapitel 5:

Das Energiewirtschaftsgesetz und die Eigentumsgarantie 64

A: Eigentumsbindung und Enteignung 64

I Die Problematik des § 8 Abs. 1 EWG 64

1. Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als durch Art. 14 GG geschütztes Rechtsgut 64
2. § 8 Abs. 1 EWG als inhaltsbestimmendes Gesetz 65

II § 8 Abs. 2 EWG als Enteignungsnorm 67

III § 8 Abs. 3 EWG als Enteignungsvorschrift 67

Seite

1. Die modifizierte Einzelakttheorie des BGH 68
2. Die materiellen Enteignungstheorien 69
a) Die Schutzwürdigkeitstheorie 69
b) Die Zumutbarkeits- und die Substanzminderungstheorie . . 70
IV §§ 9 und 11 EWG als materielles Enteignungsrecht 71
V Die Problematik der §§ 4 Abs. 2, 5 Abs. 1, 6 und 13 EWG . . . 71
B: Die Junktimklausel 73
C: Die Entschädigungsregelung nach dem EWG 74

Kapitel 6:

Der Einfluß des Grundgesetzes auf die Zuständigkeitsverteilung im Energiewirtschaftsgesetz 77
A: Das Münchener Abkommen vom 13. März 1950 im Hinblick auf Art. 129 Abs. 1 GG sowie die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes 77
B: Die Verordnungsbefugnis des Bundeswirtschaftsministers im Hinblick auf Art. 80 Abs. 2 GG 78
I Das EWG als möglicher Gegenstand bundeseigener Verwaltung i. S. des Art. 87 Abs. 1 GG 79
1. Die Bedeutung des Art. 30 GG 79
2. Die Anerkennung stillschweigender Bundeskompetenzen . . . 80
a) Die Auffassung Hamanns 80
b) Die Darlegungen von Maunz 81
II Stillschweigende Bundeszuständigkeiten im EWG 84
1. Der Grundsatz der Überregionalität 84
2. Der Sachzusammenhang und das Prinzip der Natur der Sache . 84
C: Das EWG als Gegenstand der Bundesauftragsverwaltung 86
I Der Sachzusammenhang 86
II Das Prinzip der Natur der Sache 87
Zusammenfassung 88

Kapitel 1

Die geschichtlichen Hintergründe und die Vereinbarkeit des Gesetzes als Ganzes mit dem Grundgesetz

Abschnitt A:

Die historische Entwicklung der Energiewirtschaft bis zum Erlaß des EWG und dessen Änderungen bis zum Jahre 1961

Die ersten Versuche im Gebiet des Deutschen Reiches, die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft staatlicher Kontrolle zu unterstellen und ein einheitliches Energierecht zu schaffen, fallen in die Zeit um die Jahrhundertwende[1]). Für den Bereich des Energiewirtschaftsrechtes bestanden zwar schon Normen, die jedoch auf die Errichtung und Führung von Energiewerken nur geringen oder gar keinen Einfluß nahmen, wie die §§ 16 bis 25 der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 21. Juni 1869, welche die Gasversorgung hoheitlicher Überwachung zugänglich gemacht hatte, das Gesetz über die elektrischen Maßeinheiten vom 1. Juni 1898 (RGBl S. 905), das Einheiten für elektrische Messungen festgesetzt und die an Meßgeräte zu stellenden Anforderungen bestimmt hatte, sowie das Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit vom 9. April 1900 (RGBl S. 288).

Das erste Elektrizitätswerk, das in Deutschland die Versorgung anderer aufnahm, wurde 1882 in Stuttgart errichtet. Zwei Jahre später eröffnete die Edison Gesellschaft die Berliner Elektrizitätswerke. Im Nordwestdeutschen Raum entstand etwa um 1910 die Überlandzentrale Wiesmoor der Siemens Elektrizitätsgesellschaft.

Alle diese wie auch die übrigen entstehenden Unternehmen entwickelten sich ausschließlich, bedingt durch die staatsrechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse der damaligen Zeit, auf Grund privater Initiative.

Die Energiewirtschaft galt nämlich, wie Fischerhof im Hinblick auf die Gasversorgung darlegt[2]), „als ein nicht ungefährliches Experiment; denn der Betrieb eines Gaswerks mit dem Einkauf von Kohle und dem Absatz der Nebenprodukte erforderte technische und wirtschaftliche Kenntnisse und Erfahrungen, die einer Gemeindeverwaltung fremd waren." Erst als die Energiewirtschaft zunehmende Bedeutung für die Allgemeinheit gewann, unternahm der Staat — Reich, Länder und Gemeinden — die ersten Versuche, auf die Energiewirtschaft und deren zukünftige Gestaltung einzuwirken und sich Kontrollbefugnisse zu sichern.

Im Jahre 1900 wurde im Deutschen Reichstag die Frage der Errichtung eines öffentlichen Monopols aufgeworfen. Ein brauchbares Ergebnis zeitigten die ange-

[1]) Vgl. dazu D-M-R, Einführung S. 9 f.
[2]) Fischerhof, Versorgung, DÖV 1957, 305 ff.

stellten Beratungen ebenso wie die im Jahre 1907 von der bayerischen Abgeordnetenkammer zu dem gleichen Thema geführten Diskussionen jedoch nicht[3]). Der bayerische Staat begann allerdings 1911 und in den darauffolgenden Jahren unter Ausnutzung seines verstreut im Lande verteilten Grundeigentums und seiner Wegehoheit mit den einzelnen EVU sog. Konzessionsverträge abzuschließen und auf diese Weise einen Einfluß auf die Gestaltung der Energieversorgung zu nehmen. Diesem Beispiel sind später die meisten deutschen Länder gefolgt.

Nur kurze Zeit nach der Jahrhundertwende befaßte sich auch das Schrifttum mit der Energiewirtschaft und deren zukünftiger Entwicklung. Es wurden drei Wege sichtbar. Geist[4]) forderte die Errichtung eines Starkstrommonopols unter weitgehender Ausschaltung jeglicher freien unternehmerischen Initiative. Hjalmar Schacht[5]), der spätere Reichswirtschaftsminister und Mitverfasser des Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13. Dezember 1935, schlug eine Verbindung von Staat und Privatunternehmen zu gemeinschaftlicher Produktion in Form einer staatlichen Kontrolle der privatwirtschaftlichen Initiative unter Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit und der einzelnen Bürger vor. Windel hingegen lehnte zumindest für das Jahr 1910 und die darauffolgende Zeit die Schaffung eines Monopols ab[6]). Er ging soweit, dem Staat eine Kontrollbefugnis über die Privatunternehmer abzusprechen, und befürwortete lediglich eine staatliche Förderung der Konzentrationsbewegung bei den Stromerzeugungsunternehmen.

Infolge des Ausbruchs und durch die Entwicklung des Krieges gezwungen, erwarb das Deutsche Reich im Jahre 1917 die Elektrowerke AG und betrieb sie auch in dieser Rechtsform weiter. Die Länder mit Ausnahme des Königreiches Sachsen, das schon 1916 die staatlichen Elektrizitätswerke gegründet hatte, errichteten nach dem Beispiel des Reiches staatseigene EVU in der privatrechtlichen Form einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH, wie z. B. die Überlandzentrale Südharz GmbH in Bleicherode[7]).

Während sich der Staat als privater Unternehmer intensiv in die Elektrizitäts- und Gasversorgung einschaltete, begann er, Teile des Energierechtes gesetzlich zu regeln. So erging am 21. Juni 1917 die allerdings als bloße Bewirtschaftungsvorschrift gedachte und nach Beendigung der Inflation bedeutungslos gewordene Bekanntmachung über Elektrizität und Gas sowie Dampf, Druckluft, Heiß- und Leitungswasser. Zwei Jahre später erließ das Reich ein Gesetz betreffend die Sozialisierung der Elektrizitätswirtschaft vom 31. 12. 1919 (RGBl 1920 S. 19), das deren vollständige Übernahme auf das Reich vorsah. Infolge der strikten Ablehnung durch die betroffenen Kreise hat das Gesetz jedoch nie Bedeutung erlangt. Fünf Jahre später folgte die auf dem Gebiete des Preisrechtes zu großer Bedeutung gelangte Schiedsgerichtsverordnung vom 16. Juni 1922 (RGBl I S. 509), die eine Änderung der Energiepreise im Wege der Vertragshilfe ermöglichte, und ein weiteres Jahr danach die ebenso bedeutsame Auskunftspflichtverordnung vom 13. Juli 1923 (RGBl I S. 699), deren Grundgedanke und Inhalt in die Vorschrift

[3]) D-M-R, aaO.
[4]) Das Starkstrommonopol, ETZ 1908, 215 ff.
[5]) Elektrizitätswirtschaft, Preuß. Jahrb. 1908, Band 41
[6]) Die Monopolisierung der Erzeugung und Verteilung elektrischer Energie, Diss. Berlin 1910
[7]) Passow, Staatliche Elektrizitätswerke in Deutschland, S. 111

des § 3 EWG übernommen und dort verankert worden ist. Durch Einsetzung eines Reichskommissars für die Preisüberwachung sicherte sich das Reich im Jahre 1931 die Einflußnahme auf die Preisgestaltung auch in der Energieversorgung. Mit Erlaß der Verordnung über die Mitteilungspflicht in der Energiewirtschaft vom 30. Juli 1934 (RGBl I S. 765) nahm der Staat für sich das Recht in Anspruch, die technischen und wirtschaftlichen Verhältnisse aller Energieanlagen sowie die Tarife und allgemeinen Versorgungsbedingungen der Werke seiner Kontrolle zu unterwerfen, ähnlich wie es in den späteren Vorschriften der §§ 3, 4, 6 und 7 EWG zum Ausdruck gekommen ist. Die Kontrolle nach der Mitteilungspflichtverordnung oblag dem Führer der Energiewirtschaft.

Nicht nur das Reich hatte eine Kodifikation des Energierechtes in Angriff genommen. Es entstand auf diesem Gebiet auch eine umfangreiche Landesgesetzgebung. Es seien beispielhaft das thüringische Gesetz über die Genehmigung von Hochspannungsleitungen aus den Jahren 1923/1924 und das hessische Gesetz über die Anlage von elektrischen Hochspannungsleitungen aus dem Jahre 1928 genannt, die beide eine freie Betätigung von EVU im Interesse eines verwaltungsmäßigen Einflusses einschränkten, in ihrer Tendenz also auf die Ausführungen Hjalmar Schachts aus dem Jahre 1908 zurückgriffen[8]).

Im Vorstehenden wurde im wesentlichen die Entwicklung und der Stand der Gesetzgebung aufgezeigt, wie sie bei Inkrafttreten des EWG vorlag. Mit dem EWG wurden nun die in der Vergangenheit auf dem Gebiete der Wirtschaft sowie der Gesetzgebung gesammelten Erfahrungen zusammengefaßt, freilich unter Berücksichtigung der in der damaligen Zeit vorherrschenden Bestrebungen, dem Staat eine möglichst umfangreiche Aufsichts- und Kontrollbefugnis zu geben. Für diese Untersuchung sind die zahllosen Verordnungen und Erlasse, die zur Durchführung des Gesetzes ergangen sind, von keiner Bedeutung. Wichtig sind nur zwei Gesetzgebungsakte, die je eine Vorschrift des EWG änderten.

Die Verordnung des Generalbevollmächtigten für die Wirtschaft über die Vereinfachung des Verfahrens nach § 4 des Energiewirtschaftsgesetzes vom 27. September 1939 (RGBl I S. 1950) setzte die Vorschriften des § 4 Abs. 2 EWG über die Beanstandungs- und Untersagungsfristen „bis auf weiteres" außer Kraft.

Die Bestimmung des § 1 Abs. 2 EWG wurde durch den Erlaß des Führers und Reichskanzlers vom 29. Juli 1941 neugefaßt und die nach der bis dahin geltenden Fassung dem Reichswirtschaftsminister zustehende Energieaufsicht dem neu eingesetzten Generalbevollmächtigten für Wasser und Energie übertragen, der als zentrale Aufsichtsbehörde im Range einer obersten Reichsbehörde tätig wurde.

Die nach dem Inkrafttreten des Führererlasses vom 29. Juli 1941 bis in die Gegenwart ergangenen Gesetze brachten z. T. zwar eine Fortentwicklung des Energierechtes, ließen aber im allgemeinen die Fassung der einzelnen Vorschriften des EWG unberührt, wie z. B. das Energienotgesetz vom 10. Juni 1949 (WGBl 1949, S. 87), das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 (BGBl I S. 1081) und das Sicherstellungsgesetz vom 22. Dezember 1959 (BGBl I S. 785). Lediglich das Außenwirtschaftsgesetz vom 28. April 1961 (BGBl I S. 481) setzte gemäß § 47 Abs. 2 Ziff. 1 den § 10 EWG außer Kraft.

---

[8]) Hierzu auch Rumpf, EltW 1943, 96 ff.

Abschnitt B:

Die Vereinbarkeit des EWG als Ganzes mit dem Grundgesetz

Die Frage, ob das EWG mit dem Grundgesetz vereinbar ist oder nicht, kann erst dann auftauchen, wenn feststeht, daß das Gesetz wirksam zustandegekommen und nicht durch die Gesetzgebung der Besatzungsmächte oder später außer Kraft getreten ist.

Das EWG ist eines der Gesetze, die die Reichsregierung beschlossen und verkündet hat. Die Rechtsgrundlage eines derartigen, dem parlamentarischen System widersprechenden Gesetzgebungsverfahrens gab das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933 (RGBl I S. 141) ab. Wäre diese Ermächtigungsgrundlage rechtsunwirksam, so hätte auch das EWG Gültigkeit nicht erlangen bzw. nur infolge ständiger Anwendung als Gewohnheitsrecht Bedeutung gewonnen haben können.

In seinem Urteil vom 17. April 1947 hat das OLG Tübingen[9]) unter Berufung auf ein Erkenntnis des Tribunal Général in Rastatt vom 6. Januar 1947[10]) die Ansicht vertreten, das Ermächtigungsgesetz sei ohne Beachtung der WeimRVerf zustandegekommen und daher verfassungswidrig gewesen.

Diese Rechtsprechung hat sich nicht durchsetzen können. Sie läßt außer acht, daß sich im Reichstag für die Verabschiedung der betreffenden Regierungsvorlage eine Mehrheit von $^2/_3$ aller Stimmen gefunden hatte[11]) und daß es als Kernstück der nationalsozialistischen Revolution und damit als neue Rechtsquelle den bis 1933 geltenden Rechtszustand beseitigen oder doch ändern konnte[12]). Es ist daher im Einklang mit der ständigen Judikatur des BVerfG[13]) von der ursprünglichen Wirksamkeit des Ermächtigungsgesetzes auszugehen.

Wenn damit auch feststeht, daß das EWG rechtsgültig zustandegekommen ist, so erscheint es doch fraglich, ob auch dessen Änderungen durch die Vereinfachungsverordnung und den Führererlaß vom 29. Juli 1941 den damaligen verfassungsrechtlichen Bestimmungen entsprechend ergangen sind.

Die Vereinfachungsverordnung hat den Wortlaut des § 4 Abs. 2 EWG neu gefaßt. Sie muß daher Gesetzesrang besitzen und ist demgemäß als gesetzesvertretende Rechtsverordnung anzusehen. Derartige Verordnungen waren nach dem seinerzeit herrschenden Verfassungssystem im Gegensatz zu der heute durch Art. 129, 20, 28 und 80 GG getroffenen Regelung zulässig.

Die Rechtsgrundlage der Vereinfachungsverordnung findet sich im Abschnitt VI des Erlasses des „Führers und Reichskanzlers" über die Vereinfachung der Verwaltung vom 28. August 1939 (RGBl I S. 1535). Wenn der Erlaß auch kein förmliches Gesetz darstellt — nur ein solches hätte unter rechtsstaatlichen Verhältnissen eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlaß einer Verordnung gleich welcher Art abgeben können —, kommt er doch in seiner Bedeutung einem derartigen Gesetz gleich. Dem „Führer und Reichskanzler" kam nämlich spätestens im Jahre 1937

---

[9]) DRZ 1948, 141
[10]) Journal Officiel Nr. 61 vom 26. 3. 1947
[11]) Thoma, DRZ 1948, 142 f.
[12]) Vgl. auch RGZ 100, 25; Albrecht, Revolution, S. 128; E. R. Huber, Verfassungsrecht, S. 48 f.; Jellinek, Lehrbuch, S. 125; Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 88
[13]) BVerfG E 2, 307 ff.; 6, 132 ff. (198 f.); 6, 309 ff. (330 f.)

die Stellung eines höchsten Gesetzgebers zu[14]). Der Bayer VGH hat diese Tatsache in seinem Urteil vom 28. Juni 1948 ausdrücklich anerkannt und dargelegt[15]): „Nun kann aber nicht ernstlich bezweifelt werden, daß im Jahre 1939 längst der Zustand erreicht war, in dem Hitler persönlich unumschränkt Recht setzte, das im ganzen Bereich seiner Herrschaft widerspruchslos als bindend anerkannt und dauernd vollzogen wurde. Insofern war ein ... Verfassungsgewohnheitsrecht entstanden."[16]).

Die Ermächtigungsgrundlage für die Vereinfachungsverordnung war daher gültig. Die bisherigen Ausführungen treffen auch für den Führererlaß vom 29. Juli 1941 zu, so daß die Vorschriften der §§ 1, 4 und 15 wirksam geändert worden sind.

Das Ermächtigungsgesetz als Teil der Verfassung des nationalsozialistischen Reiches und Rechtsgrundlage nahezu sämtlicher seit 1933 ergangener Rechtsregeln i. S. Laforets[17]) wurde durch Art. 1 Ziff. 1a des Kontrollratsgesetzes Nr. 1 vom 20. September 1945 aufgehoben, und zwar einschließlich aller zusätzlichen Gesetze, Durchführungsverordnungen und Erlasse. Damit kam die Rechtsgrundlage in Wegfall, auf der das EWG beruhte. Nun ist jedoch folgendes anerkannt:

Ist ein Gesetz nach den Regeln der geltenden Verfassung rechtswirksam zustandegekommen, bleibt es solange auch über den Zeitpunkt des Bestehens der Verfassung hinaus in Kraft, bis es ausdrücklich aufgehoben oder wegen unüberbrückbaren Widerspruchs mit der neuen Verfassung von selbst ungültig wird. Ob ein Gesetz wirksam zustandegekommen ist, bestimmt sich ausschließlich nach den Regeln der z. Zt. seines Erlasses geltenden Verfassung und ist weitgehend unabhängig von den Normen, die eine neue Verfassung für das Zustandekommen eines Gesetzes aufstellt[18]).

Aus den vorstehenden Gründen kann allein aus der Tatsache, daß das Ermächtigungsgesetz als Rechtsgrundlage für das EWG und als Grundlage für die Bildung des Gewohnheitsrechts, Führererlasse und -gesetze als höchste Rechtsnorm

---

[14]) Dazu auch BVerfG E 3, 58 ff. (86); dieses Ergebnis rechtfertigt auch folgende Überlegung: Grundgedanke des Nationalsozialismus war, daß sich der Wille des Volkes allein in einem politischen Führer repräsentiert. Die Ansicht hat die Konsequenz, wie Huber (Verfassungsrecht, S. 195) ausführt, allein den Führer als „Träger des völkischen Willens" anzuerkennen. Der Wille des Volkes ist demnach identisch mit dem des Führers. Der Führer ist also auch nicht Mittelpunkt der Reichsregierung in dem üblichen Sinne eines „primus inter pares" eines Kollegiums, sondern den Reichsministern unbedingt übergeordnet. Diese standen zu ihm im Verhältnis „Führer — Unterführer" und leisteten ihm persönlich und nicht dem Staat oder Reich den Treueeid. Daraus wieder folgt, daß dem Führer und nicht dem Ministerkollegium die letzte Entscheidung von Zweifelsfragen oblag, daß der Führer die alleinige politische Verantwortung trug. Aus dieser Sicht des Führerstaates war die Reichsregierung und der Reichstag nichts weiter als ein Organ des Führers. 1933 konnte Carl Schmitt (Staat, Bewegung, Volk, S. 21) noch schreiben, daß die Gesetzgebungsbefugnis der Reichsregierung verfassungsgesetzlichen Charakter hat. Bereits im Jahre 1937 stand jedoch für die Deutsche Verfassungs- und Verwaltungslehre fest, daß einer Willensäußerung des Führers mit Richtung auf die Öffentlichkeit allgemein verbindliche Kraft innewohnte. So hatte Laforet (Deutsches Verwaltungsrecht. S. 169) die Unterscheidung von Gesetz im formellen und materiellen Sinne aufgegeben und dafür die allgemeine Bezeichnung Rechtsregel gewählt. Gesetz war nur noch Bezeichnung der vom höchsten Gesetzgeber, nämlich dem Führer, erlassenen Rechtsregel. Alle übrigen Rechtsregeln waren solche abgeleiteter Gewalt (dazu auch Albrecht, S. 128).

[15]) Verw.Rspr. 1, 135 ff. (140)

[16]) A. A. zu Unrecht OLG Neustadt/Weinstraße in DVBl 1952, 125; dagegen zu Recht Dernedde in seiner Anmerkung zu diesem Urteil.

[17]) Vgl. Anm. 14

[18]) BVerfG E 3, 58 ff. (119); 6, 132 ff. (198); 6, 389 ff. (414); BayerVGH RBeil 1953, 29; VG Darmstadt NJW 1960, 980; LVG Münster MDR 1950, 309 ff. (310); Kutscher, BB 1949, 265; Peters, RdA 1950, 406

anzuerkennen, wegfiel, die Nichtigkeit weder des EWG noch der beiden Führererlasse vom 28. August 1939 und vom 29. Juli 1941 hergeleitet werden. Unwirksam wurden jedoch alle typisch nationalsozialistischen Gesetze, also solche, „deren Inhalt nur eine Anwendung nach nationalsozialistischen Lehren" zuläßt[19]).

Das EWG stellt, wie oben angedeutet ist, das Ergebnis einer jahrzehntelangen Entwicklung und Gesetzgebung dar. Es faßt lediglich die Vorschläge und Gedanken zusammen, die schon in der Zeit vor der Machtübernahme gesammelt waren. Wie der BayerVerw GH ausgeführt hat, kann es nicht „dem geringsten Zweifel unterliegen, daß bei dem ständig steigenden Bedarf der Wirtschaft an Energie auch in Zukunft der planmäßige Aufbau und die Lenkung und Sicherstellung der Strom- und Gasversorgung absolute Notwendigkeit in allen Industrieländern ist"[20]). Dann aber beruht das EWG nicht ausschließlich auf nationalsozialistischem Gedankengut und ist daher auch nicht aus diesem Grunde unwirksam geworden. Zur Erhärtung dieses Ergebnisses lassen sich auch noch folgende Gründe anführen:

Das Energienotgesetz verweist in seinem § 13 auf die §§ 4 bis 6 EWG. Wie sich aus der klaren Fassung des § 13 Abs. 2 und 3 ergibt, setzt diese Bestimmung die Weitergeltung des § 4 EWG voraus. Es spricht alsdann auch eine Vermutung dafür, daß ebenfalls die übrigen Vorschriften des EWG ihre Wirksamkeit nicht verloren haben. Eiser-Riederer[21]) meinen sogar, allein dadurch, daß das Energienotgesetz auf das EWG Bezug genommen habe, sei dieses Gesetz wieder in Kraft getreten, sofern es überhaupt jemals seine Gültigkeit verloren haben sollte. Eine weitere Vermutung für das Weitergelten des EWG stellt die Proklamation Nr. 2 vom 19. September 1945 der Militärregierung der Amerikanischen Zone dar, wonach deutsches Recht, das nicht durch den Kontrollrat für Deutschland oder durch die Militärregierung aufgehoben, zeitweilig außer Kraft gesetzt oder geändert worden ist, weitergilt.

Der Führererlaß vom 28. August 1939 stellte ein reines Gesetz zur Vereinfachung der Verwaltung dar. Seine Motive lagen daher in praktischen Erwägungen begründet und sind nicht als ein Produkt typisch nationalsozialistischen Gedankengutes anzusehen. Dieses Ergebnis kann auch darauf gestützt werden, daß der Erlaß nicht durch das Kontrollratsgesetz Nr. 1, das die wichtigsten nationalsozialistischen Gesetze beseitigte, oder Nr. 55 aufgehoben worden ist, sondern durch das KRG 36, und zwar aus dem Grunde, weil er einer Neuregelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit offensichtlich entgegenstand[22]). Es ist daher davon auszugehen, daß die auf der allgemeinen Grundlage des Führererlasses ergangenen Gesetze und gesetzesvertretenden Verordnungen wie die Vereinfachungsverordnung bestehen blieben[23]), sofern nicht andere Gründe ihrer Gültigkeit entgegenstehen[24]).

---

[19]) BayerObLG NJW 1952, 746
[20]) RBeil 1953, 29
[21]) Erl. I S. 33; dazu auch BVerfG E 11, 126 ff. (131); Hans-Richard Lange, NJW 1962, 893 ff.
[22]) BVerwG E 7, 114 (119)
[23]) Karl Schmidt, DÖV 1949, 347 f.
[24]) Wäre die VereinfachungsVO eine Durchführungsbestimmung zum Führererlaß, so wäre sie mit dessen Fortfall außer Kraft getreten. In Übereinstimmung mit dem BVerwG aaO ist aber davon auszugehen, daß der Führererlaß für die VO „lediglich die allgemeine Rechtsgrundlage abgibt" und sie im selben Verhältnis zum Führererlaß steht wie die Bundesgesetze zu Abschnitt VII GG über die Bundesgesetzgebung, so daß das Verhältnis von Führererlaß und VereinfachungsVO nicht als so eng angesehen werden kann, daß die VO nicht den Erlaß überdauern könnte (dazu allgemein auch Friedrich, NJW 1952, 369; BayerVGH, RBeil 1953, 29).

Der Führererlaß vom 29. Juli 1941, mit welchem § 1 Abs. 2 EWG geändert wurde, ist bis heute nicht aufgehoben. Auch er entsprach nicht typisch nationalsozialistischem Gedankengut, sondern der Erwägung, aus kriegsbedingten Gründen eine zentrale Aufsichtsstelle zu schaffen.

Nach alledem sind das EWG und die genannten Führererlasse nicht als typische Produkte einer nationalsozialistischen Gesetzgebung nichtig[25]).

Gegen die Wirksamkeit des EWG als Ganzes sprechen keine weiteren Gründe. Es gilt daher gemäß Art. 123 GG fort[26]). Weiterhin ist es auf Grund Art. 125 Abs. 1 GG i. V. mit Art. 74 Ziff. 11 GG Bundesrecht geworden[27]).

Die weitere Untersuchung hat sich nunmehr mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit der einzelnen Bestimmungen des EWG bis auf dessen Präambel auseinanderzusetzen. Eine Prüfung der Präambel erübrigt sich wegen des im Art. III Nr. 6 MRG Nr. 1 aufgestellten generellen Verbotes, nach welchem Gesetzesvorsprünge zur Gesetzesauslegung nicht mehr herangezogen werden dürfen. Sie sind daher praktisch bedeutungslos[28]).

[25]) Auch Radtke S. 3
[26]) Zur Bedeutung des Art. 123 GG vgl. Hamann, Erl. A 2; Holtkotten in B-K, Erl. II 1
[27]) BVerwG, ET 1960, 20
[28]) Vgl. E-R, Erl. I S. 21 F.

Kapitel 2

Die Vereinbarkeit des Energiewirtschaftsgesetzes mit den rechtsstaatlichen Bestimmungen des Grundgesetzes

zugleich eine Auslegung des § 4 Abs. 2 EWG.

Die Vereinbarkeit mancher Bestimmungen des EWG mit den rechtsstaatlichen Erfordernissen des Grundgesetzes, d. h. hier den Prinzipien der Gewaltenteilung, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Rechtssicherheit, erscheint zweifelhaft. Radtke z. B. hat in seiner Dissertation nach eingehender Untersuchung der §§ 3, 4, 5 und 7 EWG die Auffassung vertreten, daß die drei letztgenannten Vorschriften teilweise mit den hier zu erörternden Grundsätzen in Widerspruch stehen. Seine Ansicht bedarf jedoch einer Überprüfung.

Abschnitt A:

Der Gewaltenteilungsgrundsatz

Gewaltenteilung besagt, „daß keine der drei Staatsgewalten in den Kernbereich einer anderen hinübergreifen darf, daß also jede in ihrem Kernbereich unangetastet bleiben muß“ [1]). Aus diesem durch Art. 20 Abs. 2 GG festgelegten Grundsatz ergibt sich u. a. für den Bereich des EWG, daß es den Energieaufsichtsbehörden verwehrt ist, Aufgaben zu übernehmen, die der rechtsprechenden Gewalt vorbehalten sind. Eine Ergänzung dieses Prinzips in bezug auf die Justitiabilität jedes Verwaltungshandelns findet sich einerseits in Art. 19 Abs. 4 GG, der — von Friedrich Klein als formelles Hauptgrundrecht bezeichnet [2]) — einen allumfassenden lückenlosen Rechtsschutz für jedermann durch die Gerichte gewährleistet [3]), andererseits in Art. 100 GG, der ein absolutes richterliches Prüfungsrecht statuiert [4]). Eine weitere Ergänzung folgt aus Art. 80 Abs. 1 und Art. 129 Abs. 3 GG, die ein Übergreifen der Exekutive in Aufgaben der Legislative verhindern sollen.

I Rechtsweggarantie

Das EWG ermächtigt den Reichswirtschaftsminister in mehreren Bestimmungen, endgültig über bestimmte tatsächliche und rechtliche energiewirtschaftliche Gegebenheiten zu entscheiden. So stellt der Reichswirtschaftsminister nach § 2 Abs. 2 Satz 3 endgültig fest, ob ein Unternehmen ein EVU ist. Er trifft Gerichte und Verwaltungsbehörden bindende Anordnungen gemäß § 6 Abs. 4, § 7 Satz 2, § 8 Abs. 2 Satz 2, § 11 Abs. 2 und § 13 Abs. 1 Satz 3 EWG.

---

[1]) Maunz in M-D Art. 20, Rd. Nr. 81
[2]) VVDStRL 8, 67 ff. (123 — LS III 1)
[3]) BGHZ 10, 295 ff. (297 ff.)
[4]) BGHZ 9, 390 ff. (399)

Die genannten Vorschriften schließen nach ihrem Sinn und Zweck eine gerichtliche Kontrolle aus. Sie versperren dem einzelnen den Rechtsweg und berechtigen die Energieaufsicht, einen abschließenden[5]) und nicht weiter nachprüfbaren Bescheid zu erlassen. Hierin liegt ein Verstoß gegen die Grundsätze der Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 2 sowie 100 GG[6]). Die erörterten Bestimmungen sind daher insoweit mit dem Grundgesetz nicht vereinbar und in diesem Umfang gemäß Art. 123 GG außer Kraft getreten. Im übrigen sind sie jedoch bestehen geblieben[7]). Danach ist § 2 Abs. 2 Satz 3 EWG so aufzufassen, daß er die Energieaufsichtsbehörden nicht mehr zu einer endgültigen, sondern nur zu einer gerichtlich nachprüfbaren Entscheidung ermächtigt. Das Gleiche gilt für § 8 Abs. 2 sowie § 11 Abs. 2 EWG. Hingegen sind § 6 Abs. 4 Satz 2, § 7 Satz 2 und § 13 Abs. 1 Satz 3 EWG insgesamt ungültig geworden, da diese Normen ausschließlich eine Ermächtigung der Energieaufsichtsbehörden zum Erlaß bindender Entscheidungen zum Gegenstand haben und weitere Regelungen nicht enthalten[8]).

II Das Problem der gesetzesvertretenden Verordnungen

Die §§ 3 Satz 2, 4 Abs. 3 und 4, 7 Satz 1, 12 Satz 1 und 13 Abs. 1 und 2 EWG berechtigen zum Erlaß „allgemeiner Vorschriften". Das wird zwar in § 3 Satz 2 und § 4 Abs. 3 und 4 EWG nicht ausdrücklich hervorgehoben, ergibt sich jedoch aus deren Sinn. Wenn nämlich der Reichswirtschaftsminister als Energieaufsichtsbehörde Befugnisse nach den in Rede stehenden Normen ausüben will, so ist es ihm — Gegenteiliges ergibt sich jedenfalls nicht aus dem Gesetz — unbenommen, seine Rechte durch Einzelakt oder aber durch Aufstellung genereller Vorschriften zu verwirklichen. — Unter den „allgemeinen Vorschriften" i. S. der erwähnten Paragraphen sind Rechtsverordnungen zu verstehen, wie aus § 19 Abs. 1 EWG folgt.

Radtke leugnet nun die Vereinbarkeit einiger Ermächtigungen des EWG zum Erlaß von Rechtsverordnungen mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung. Ob vorkonstitutionelle Ermächtigungsnormen gemäß Art. 123 GG weiterbestehen, richtet sich ausschließlich nach Art. 129 Abs. 3 GG. Wie bei Art. 19 Abs. 4 GG handelt es sich bei dieser Vorschrift „um eine grundlegende der Verwirklichung des Rechtsstaates dienende Bestimmung", die den Schutz der Gewaltenteilung bezweckt[9]). An dem Maßstab des Art. 80 GG brauchen und können Gesetze aus vorgrundgesetzlicher Zeit nicht gemessen zu werden, weil dieser, wie sich insbesondere aus seiner Gegenüberstellung mit Art. 129 Abs. 3 GG ergibt, nur für die Bundes-, nicht aber für die ehemalige Reichsgesetzgebung Bedeutung hat und seinem Inhalt nach den Rechtsstaatsgedanken so konkretisiert, wie er z. Z. verstanden wird.[10]) Schmidt hat nun überzeugend dargetan, daß dem Begriff der Rechtsstaatlichkeit ein allgemeines Ideal verfassungspolitischer Art zugrunde liegt, von dessen konkreter Verwirklichung „je nach Epoche, Volk und Gesamtumständen und dem im Einzelfall erstrebten Zweck die verschiedensten Vorstellungen bestehen" können. Die vor 1945 und auch vor 1933 herrschende Auffassung ließ

---

[5]) Dazu Gelhaar, Betr. Beil. 3/1958 unter Ziff. I
[6]) Vgl. auch Maunz in M-D aaO
[7]) Hamann, Art. 123, Anm. B 4
[8]) Zum Vorhergehenden auch Ludwig-Cordt-Stech bei den genannten Vorschriften
[9]) BVerfG E 2, 329; OVG Lüneburg AS 11, 443 (445); Maunz in M-D, Art. 80 Rd. Nr. 10; Hamann Art. 129 Anm. B 10
[10]) NJW 1952, 1239

es in förmlicher Hinsicht genügen, wenn der Ermächtigungsgegenstand für das Parlament und die anderen an der Gesetzgebung beteiligten Organe übersehbar war. Das diesen Anforderungen entsprechende Recht aufrechtzuerhalten[11]) und es nur in bestimmten Fällen außer Kraft treten zu lassen, ist der Zweck des Art. 129 Abs. 3 GG. Mit Recht weist Bernhard Wolff[12]) darauf hin, daß „Art. 129 Abs. 3 sinnlos oder jedenfalls außerordentlich unglücklich gefaßt wäre, wenn er dahin verstanden werden müßte, daß nicht nur die dort erwähnten Ermächtigungen, sondern auch alle diejenigen erlöschen, die mit Art. 80 Abs. 1 GG nicht in Einklang stehen"[13]). Er setzt also lediglich die Ermächtigungen außer Kraft, die ein Übergreifen der Verwaltung in die Kompetenz des Gesetzgebers ermöglichen, und er verbietet deshalb ausschließlich den Erlaß gesetzesvertretender Verordnungen. Hierunter sind nach den Darlegungen Jacobis[14]) alle diejenigen zu begreifen, die am Vorrang des Gesetzes teilhaben. Zu ihnen rechnen:

1. die Verordnungen des vereinfachten Gesetzgebungsverfahrens[15]); diese regeln ein bisher gesetzlich nicht erfaßtes Rechtsgebiet in umfassender Weise.

2. die gesetzesändernden Verordnungen; diese gestalten bestehende gesetzliche Vorschriften um und verleihen ihnen neuen Sinn und Zweck.

3. die gesetzesergänzenden Verordnungen; diese führen in ein Gesetz eine neue, bisher nicht in ihm enthaltene zusätzliche materielle Regelung ein[16]).

1. Ermächtigungen zum Erlaß von Verordnungen des vereinfachten Gesetzgebungsverfahrens

Das EWG enthält derartige Ermächtigungen nicht. Wenn sich auch aus den hier allein in Betracht kommenden Bestimmungen der §§ 7 und 12 EWG sehr weitgehende Befugnisse für die Energieaufsichtsbehörden ergeben, so berechtigen sie jedoch nicht dazu, das Gebiet der Energiewirtschaft in umfassender Weise zu regeln.

§ 7 wie auch § 12 EWG begrenzen die Handlungsfreiheit der Verwaltung dahin, daß die Energieaufsichtsbehörden lediglich die allgemeinen Bedingungen und allgemeinen Tarifpreise der EVU sowie die Energieeinkaufspreise der Energieverteiler wirtschaftlich zu gestalten sowie Zulässigkeit und Bemessung von Benutzungsgebühren oder Entschädigungen für die Benutzung von Straßen und Verkehrswegen zu regeln imstande sind. Hierin eine Ermächtigung zu umfassender Ausgestaltung des gesamten Energierechtes zu sehen, ist nicht möglich[17]), da das Ausmaß der genannten Vorschriften auf wenige genau bezeichnete Tatbestände beschränkt ist.

[11]) Dazu auch BVerfG E 2, 307 ff. (327)
[12]) AöR 78, 211 f.; auch Rubarth NJW 1952, 958
[13]) Wacke, DÖV 1955, 456 ff.
[14]) HdDStR II, S. 237 ff. (248 f.); zur Terminologie auch Maunz in M-D, Art. 80 Rd. Nr. 10 mit Anm. 5
[15]) BVerfG E 2, 332 f.; Ule in „Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge", S. 127 ff. (149)
[16]) Vgl. BVerfG E 8, 274 ff. (325); BayerVGH DÖV 1950, 470 ff. (474)
[17]) Ebenso Radtke S. 15 ff.

2. Ermächtigungen zum Erlaß gesetzesändernder Verordnungen

Auf Grund § 3 Satz 2 EWG kann der Reichswirtschaftsminister bestimmte technische und wirtschaftliche Vorgänge und Tatbestände bei den EVU mitteilungspflichtig machen. Der Umfang seiner Befugnis ist genauestens durch diese Bestimmung abgesteckt. Eine Rechtsverordnung kann sich nur innerhalb des durch § 3 Satz 2 EWG gezogenen Rahmens halten und daher zu einer Umgestaltung ihrer Delegationsnorm nicht führen. § 3 enthält deshalb keine Ermächtigung zum Erlaß einer gesetzesändernden Verordnung. Das Gleiche gilt für § 4 Abs. 3 und 4 EWG.

a) Änderung des § 433 Abs. 2 BGB durch eine Rechtsverordnung nach § 7 EWG

§ 7 EWG ermöglicht es dem Reichswirtschaftsminister, die allgemeinen Versorgungsbedingungen und Tarifpreise der EVU sowie die Einkaufspreise der Energieverteiler wirtschaftlich zu gestalten. Es ist nun nicht ersichtlich, daß auf seiner Grundlage Vorschriften erlassen werden könnten und dürften, die ihm oder den übrigen Bestimmungen des Gesetzes einen anderen Sinn und Zweck zu verleihen vermöchten. Derartiges wird, soweit bekannt, auch nirgends vorgetragen. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, daß § 7 kein Recht gibt, ihn durch Normsetzungsakte von Verwaltungsinstitutionen zu ändern. Insoweit besteht Übereinstimmung auch mit der Auffassung Radtkes. Radtke meint jedoch, der Erlaß einer Rechtsverordnung nach § 7 EWG könnte die Änderung einer nicht im EWG befindlichen Vorschrift, nämlich des § 433 Abs. 2 BGB, zur Folge haben, da es möglich sei, durch sie die im bürgerlichen Recht vorherrschende und u. a. in der genannten Bestimmung normierte Vertragsfreiheit einzuschränken. Die Aufsichtsbehörden wären nämlich imstande, durch Festsetzung der allgemeinen Tarifpreise in die zwischen EVU und Abnehmer bestehenden Versorgungsverträge einzugreifen, desgleichen in die zwischen EVU und Energieverteiler getroffenen Abmachungen, „indem die Einkaufspreise der letzteren mit der Wirkung geändert werden, daß der Energieverteiler nur noch die neuen Preise schuldet, und sein Energieversorger nur noch diese verlangen kann“ [18]).

Gegen die Richtigkeit der von Radtke vorgetragenen Ansicht bestehen erhebliche Bedenken. Zunächst erscheint zweifelhaft, ob Art. 129 Abs. 3 GG überhaupt die Ermächtigungen zu Fall bringt, die nicht nur zur Änderung der Delegationsnorm selbst oder des die Delegationsnorm enthaltenden Gesetzes, sondern auch zur Umgestaltung einer in einem anderen Gesetz befindlichen Vorschrift führen können. Radtke bejaht diese Frage [19]). Ob seine Auffassung einer näheren Untersuchung standhält oder ob nicht im Ergebnis den Darlegungen des BVerfG [20]) zu folgen sein wird, mag in diesem Zusammenhang jedoch unerörtert bleiben. Selbst wenn man sie als zutreffend unterstellt und annimmt, daß Art. 129 Abs. 3 GG alle Ermächtigungen zum Erlaß gesetzesändernder Rechtsverordnungen beseitigt hat, können Radtkes Ausführungen im übrigen nicht gebilligt werden.

§ 7 EWG ist eine typisch energiewirtschaftliche Vorschrift, und zwar in der Hauptsache eine dem Energiepreisrecht zugehörige Bestimmung. Sie besagt, daß auf

---

[18]) Radtke S. 23
[19]) AaO S. 15
[20]) BVerfG E 2, 232 f.

diesem Spezialgebiet absolute Vertragsfreiheit in der durch § 433 Abs. 2 BGB bestimmten Weise nicht herrschen, sondern daß hier nur eine begrenzte Vertragsfreiheit gelten solle, deren Ausgestaltung einer Rechtsverordnung des Reichswirtschaftsministers überlassen bleibt. § 7 EWG hat daher schon von Anfang an eine Aufhebung der Privatautonomie in energiepreisrechtlicher Hinsicht zum Inhalt. Wenn also § 433 Abs. 2 BGB umgestaltet wird, so führt nicht eine Rechtsverordnung, die dem Sinn und Zweck des § 7 EWG erst nach außen hin Wirkung verleiht, diesen Erfolg herbei, sondern allein eine Norm des EWG. Es ist aber anerkanntes Recht, daß ein Gesetz ein anderes Gesetz ändern kann. § 433 Abs. 2 BGB könnte daher, wenn man so will, mit einem stillschweigenden Zusatz gelesen werden, den Radtke in der Weise formuliert, daß der Käufer bei bestimmten energiewirtschaftlichen Vorgängen „verpflichtet ist, den vereinbarten oder den von der zuständigen Stelle festgesetzten Preis zu bezahlen“ [21]).

Nach alledem enthält § 7 EWG keine Ermächtigung zur Änderung eines Gesetzes.

b) Ermächtigungen zum Erlaß gesetzesändernder Verordnungen in den §§ 12 und 13 EWG

Das für § 7 Ausgeführte gilt in vollem Umfang auch für die Bestimmung des § 12 EWG. Jedoch ist diese Vorschrift weit weniger problematisch. Für Benutzung von Straßen und Verkehrswegen werden Gebühren in der Regel nicht durch Reichs- oder Bundesgesetz, sondern durch Ortssatzung, unter Umständen auch durch Rechtsverordnungen von Landes- oder Bundesministerialbehörden festgesetzt. Wenn von den letzteren abweichende Bestimmungen durch eine Verordnung gemäß § 12 EWG erlassen werden, kann von einer Umgestaltung eines Gesetzes nicht gesprochen werden. Soweit Ortsrecht oder Landesgesetze im Widerspruch zu einer auf Grund dieser Vorschrift ergangenen Norm stehen, gebührt einer bundesrechtlichen Verordnung gemäß Art. 31 GG der Vorrang.

Wenn § 13 Abs. 1 EWG den Reichswirtschaftsminister ermächtigt, Regelungen über die Erhaltung vorhandener und die Errichtung zusätzlicher Energieanlagen sowie über die Abgabe von Energie aufzustellen, soweit solche zur Sicherstellung der Landesverteidigung erforderlich sind, so gewährt er keinerlei Rechte zur Änderung des EWG oder anderer Vorschriften, von denen hier allein das Bundessicherstellungsgesetz vom 22. Dezember 1959 (BGBl I S. 785) in Betracht käme. Das Sicherstellungsgesetz ist aber weit später als das EWG in Kraft getreten. Soweit es daher Materien betrifft, die schon vom EWG erfaßt sind, geht es nach dem Grundsatz lex posterior derogat legi priori dem EWG vor, so daß eine Verordnung nach § 13 EWG ohnehin nicht zu seiner Änderung führen könnte.

Eine Ermächtigung zur Änderung eines Gesetzes ist in der letztlich in Betracht kommenden Bestimmung des § 13 Abs. 2 nicht enthalten.

3. Ermächtigungen zum Erlaß gesetzesergänzender Verordnungen

Unter gesetzesergänzenden Verordnungen werden nach der oben [22]) aufgestellten Defination diejenigen verstanden, welche in ein Gesetz eine völlig neue materielle,

[21]) Radtke S. 23a
[22]) Vgl. oben S. 10

in ihm bisher nicht enthaltene zusätzliche Regelung einführen. Diese Defination bedarf einer Erläuterung.

Jede Verordnung, also auch die gesetzesabhängige oder die reine Ausführungsverordnung, ergänzt in gewissem Umfang den Gehalt ihrer Delegationsnorm[23]). Der Unterschied zwischen den gesetzesergänzenden Bestimmungen i. S. von Art. 129 Abs. 3 GG und den gesetzesabhängigen liegt allein darin, daß die ersteren etwas völlig Neuartiges und Zusätzliches schaffen und daß dieses Neugeschaffene Gesetzesrang hat[24]), während die letzteren den in irgendeiner Weise in der Ermächtigungsnorm zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers zur Geltung und vom Gesetzeswillen abhängig zur Ausführung bringen. Die gesetzesabhängigen Verordnungen nehmen also am Vorrang des Gesetzes nicht teil. Sie entfalten, wie Holtkotten[25]) hinsichtlich der Ausführungsverordnungen darlegt, lediglich „das im Gesetz Gewollte" und führen es im einzelnen weiter. In diesem Zusammenhang weist Bernhard Wolff[26]) zu Recht darauf hin, daß beim Erlaß derartiger Vorschriften der Wille des Verordnungsgebers nicht ausgeschlossen, sondern nur von dem des Gesetzgebers eingeschränkt und in eine bestimmte Richtung gelenkt wird[27]). Die Ausgestaltung des gesetzgeberischen Willens bleibt daher dem Verordnungsgeber in gewissem Umfang überlassen.

Eine Norm, die nun der Exekutive einräumt, durch eine Verordnung den in irgendeiner Weise bestimmten oder bestimmbaren Willen des Gesetzgebers zur Erfüllung des Gesetzeszweckes zur Anwendung zu bringen oder auszuführen, unterliegt daher nicht den verfassungsrechtlichen Schranken des Art. 129 Abs. 3 GG.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen ist nunmehr zu ermitteln, ob das EWG zum Erlaß von Vorschriften gesetzesergänzender Art befugt.

a) Die Problematik der §§ 3 und 4 EWG

§ 3 EWG ermächtigt den Reichswirtschaftsminister zur näheren Ausgestaltung der Mitteilungspflicht. Diese darf sich nur auf bestimmte technische und wirtschaftliche Vorgänge und Tatbestände der EVU erstrecken[28]). Eine weitergehende Mitteilungspflicht zu schaffen, ist dem Reichswirtschaftsminister verwehrt. Er ist daher nicht berechtigt, neues materielles Recht in diese Bestimmung einzuführen. Zwar ist der Umfang der Emächtigung nicht sehr deutlich abgegrenzt. Er wird jedoch durch den Zweck des Gesetzes in genügender Weise konkretisiert. Diese Bindung an den Gesetzeszweck wird sogar, obwohl überflüssig, in der Norm selbst besonders hervorgehoben.

Radtke vertritt nun — entgegen der vorstehenden Auffassung — den Standpunkt, § 3 EWG könne nur deshalb so ausgelegt werden, daß er keine Ermächtigung zum Erlaß gesetzesergänzender Verordnungen enthalte, weil er die Exekutive in ihrem Handeln ausdrücklich an den Zweck des Gesetzes binde[29]). Dem kann nicht gefolgt werden.

---

[23]) Bernhard Wolff aaO S. 203 ff.
[24]) BayerVGH DÖV 1950, 470 ff. (474)
[25]) In B-K, Art. 129, Anm. II D 2b
[26]) AaO S. 208
[27]) AA wohl Radtke S. 26
[28]) D-M-R § 3 Anm. 5b (S. 105)
[29]) Radtke S. 28

Für jedes Verwaltungshandeln, das in die Rechte einzelner eingreift, muß der Zweck eines Gesetzes immer oberster Maßstab sein. Wird er nicht beachtet, so führt das in der Regel zu einer unrichtigen Subsumption und damit zum Erlaß eines fehlerhaften Verwaltungsaktes. Das gilt insbesondere für das EWG, wenn auch im übrigen zweifelhaft sein mag, ob der Gesetzeszweck immer und ausschließlich zu beachten ist. Denn das EWG hat die im § 1 GewO normierte unternehmerische Freiheit und Initiative nur insoweit beeinträchtigt, als diese einer geordneten Energieaufsicht entgegensteht[30]). Damit hat es zum Ausdruck gebracht, daß allein eine Beeinträchtigung einer umfassenden Energieversorgung ein Tätigwerden der Verwaltung rechtfertigt, so daß in die Rechte der EVU auf Grund des EWG auch nur aus energiewirtschaftlichen Gesichtspunkten zur Erfüllung des Gesetzeszweckes eingegriffen werden darf. Wenn nun § 3 Abs. 1 EWG Auskunfts- und Mitteilungspflichten schafft, so ist sein Sinn offensichtlich darin zu erblicken, den Aufsichtsbehörden umfangreiche Kenntnis von bedeutsamen Tatsachen und Vorgängen zu geben, um ihnen die Durchführung ihrer Aufgabe zu ermöglichen. Wird das berücksichtigt, so wäre gegen die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung im Hinblick auf die hier zu erörternden Probleme selbst dann nichts vorzubringen, falls die Wendung „soweit der Zweck dieses Gesetzes es erfordert" fehlte.

§ 3 EWG bindet daher die Energieaufsichtsbehörden in hinreichender Weise. Er enthält keine Ermächtigungen zum Erlaß gesetzesergänzender Verordnungen. Das Gleiche gilt für § 4 Abs. 3 EWG. Dieser räumt der Exekutive lediglich die Macht ein, unbedeutende[31]) Vorhaben i. S. des § 4 Abs. 2 EWG von einer Anzeigepflicht auszunehmen. Welche Vorhaben das im einzelnen sein können, ist gesetzlich kaum erfaßbar. Die technischen Einzelheiten der Ausführung einer Norm können vom Gesetzgeber selbst in der Regel nur im Rahmen angedeutet werden. Schon deshalb muß es hier den Erfahrungen der Energieaufsichtsbehörden überlassen bleiben, welche Vorhaben von der Anzeigepflicht ausgenommen werden können. So kann, wie Radtke[32]) zu Recht ausführt, „das Verlegen von 5 m Kabel nicht anzeigepflichtig sein". Es bestehen daher keine Anhaltspunkte anzunehmen, daß § 4 Abs. 3 Satz 1 EWG zu einer Ergänzung des Gesetzes berechtigt. — Auch die übrigen Ermächtigungen im § 4 Abs. 3 EWG gestatten es nicht, in dieses neue eigenständige Regelungen einzuführen, sondern sie ermöglichen lediglich dessen Anwendung entsprechend den praktischen Bedürfnissen.

Radtke hält im vorstehenden Zusammenhang § 4 Abs. 4 EWG für verfassungswidrig[33]). Er erkennt zunächst an, daß der Gesetzgeber bestimmt hat, welche Unternehmen für eine Ausdehnung der in dieser Bestimmung normierten Pflichten in Betracht kommen. Er meint jedoch, es liege eine Ermächtigung zum Erlaß gesetzesergänzender Verordnung vor, da es dem Verordnungsgeber überlassen sei, „ob er die Ausdehnung nun vornehmen will oder nicht[34])". Hierin kann ihm nicht gefolgt werden.

Der Gesetzgeber muß aus der Natur der Sache heraus seine Tätigkeit grundsätzlich darauf beschränken, generelle Regelungen aufzustellen, die alsdann von der

[30]) Vgl. v. Turegg NJW 1954, 862; auch D-M-R S. 7 f.
[31]) So Radtke zutreffend S. 24
[32]) Radtke S. 24
[33]) Radtke S. 31
[34]) Radtke aaO

Exekutive entsprechend den praktischen Bedürfnissen des Lebens angewandt werden müssen. Er kann nicht für jeden einzelnen Fall im voraus bestimmen, ob es zweckmäßig und erforderlich ist, dem einzelnen bestimmte Pflichten schon durch die Norm selbst aufzuerlegen. Falls er es für notwendig erachtet, sich Möglichkeiten des Eingriffs in die Rechte einzelner vorzubehalten, so reicht es aus, hierfür eine Ermächtigungsgrundlage zu schaffen, die den Umfang der Pflichten im einzelnen festlegt. Das ist in § 4 Abs. 4 EWG geschehen. Erstrecken nämlich die Aufsichtsbehörden die Auskunfts-, Mitteilungs- und Anzeigepflichten auf Energieanlagen anderer Betriebe durch Rechtsverordnung oder Einzelakt, wenn es sich zur Wahrung des Normzweckes als nötig erweist, so entsprechen sie damit dem Willen des Gesetzgebers. Sie führen nicht neues materielles Recht in das EWG bzw. in dessen § 4 Abs. 4 ein. § 4 Abs. 4 enthält danach keine Ermächtigung zum Erlaß gesetzesergänzender Verordnungen[35]).

b) Die §§ 7, 12 und 13 EWG als Ermächtigungsgrundlage für den Erlaß gesetzesergänzender Verordnungen

Ob § 7 Satz 1 EWG eine Ermächtigung zum Erlaß gesetzesergänzender Verordnungen enthält, kann zweifelhaft sein. Radtke[36]) bejaht diese Frage. Er begründet seine Ansicht etwa wie folgt: Die Energieaufsichtsbehörden seien ermächtigt und verpflichtet, die allgemeinen Versorgungsbedingungen für verbindlich zu erklären. Diese würden dadurch den Charakter von Rechtsverordnungen erlangen. Man könne sie aber weder als eine Ausführungs- noch als eine gesetzesanwendende Rechtsverordnung bezeichnen. „Sie stellen mehr dar. Sie wollen den vom Gesetzgeber in so unvollkommener Weise geäußerten Willen ergänzen. Da sie sich im Rahmen der Ermächtigung des § 7 Satz 1 EWG halten, ist der Schluß gerechtfertigt, daß diese Vorschrift zu gesetzesergänzenden Rechtsverordnungen ermächtigt."

Mit Radtke kann davon ausgegangen werden, daß die allgemeinen Versorgungsbedingungen durch die Verbindlicherklärung von Seiten der Energieaufsichtsbehörden den Charakter von Rechtsverordnungen erlangen[37]). Die Folgerungen, die Radtke aus dieser Tatsache zieht, erscheinen jedoch bedenklich.

Allgemeine Versorgungsbedingungen sind zunächst, wie in der Wirtschaft überhaupt, Ausdruck des Willens der EVU, zu eben diesen Bedingungen mit den Abnehmern in geschäftliche Beziehungen zu treten. Sie stellen also einen Akt der Privatautonomie dar und erhalten lediglich durch die Verbindlicherklärung Rechtssatzcharakter[38]). Es braucht nicht begründet zu werden, daß Vorgänge des privaten Rechts, die sich im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung halten, einer gesetzlichen Ermächtigung nicht bedürfen. Wenn also die allgemeinen Versorgungsbedingungen sich nicht in einem durch das EWG bestimmten Rahmen halten, so kann daraus gegen deren Zulässigkeit grundsätzlich nichts hergeleitet werden. Problematisch erscheint es erst dann, wenn die Energieaufsichtsbehörden durch Rechtsverordnung hierin eingreifen. Dann bedarf es einer gesetzlichen Grundlage.

[35]) So auch E-R I § 3 Anm. 1e, S. 100
[36]) Radtke S. 32 ff.
[37]) So auch OLG Frankfurt, NJW 1953, 1306 ff., mit Anm. von Fischerhof
[38]) E-R, IV, Vorbemerkungen 2a, S. 4

Ändert nun eine Rechtsverordnung gemäß § 7 Satz 1 EWG die allgemeinen Versorgungsbedingungen ab, so liegt darin keine Ergänzung eines Gesetzes, sondern nur eine Ergänzung der allgemeinen Versorgungsbedingungen. Eine Inhaltserweiterung des § 7 Satz 1 EWG wäre erst dann anzunehmen, wenn die Energieaufsichtsbehörden auf Grund dieser Bestimmung in einer Weise tätig werden könnten, die mit dem Zweck der Vorschrift sowie deren Sinn und allgemeiner Bedeutung nicht in Einklang stände und die es ermöglichte, dadurch eine neue materielle Regelung in das EWG einzuführen. Dazu gibt die Ermächtigung des § 7 EWG jedoch nichts her. Der BGH hat denn auch, worauf Radtke selbst hinweist[39]), ausgeführt: „Die Bestimmung in III, 3 AVB hat gegenüber § 7 EWG keine ergänzende oder derogatorische Kraft, sie bringt nichts, was über das im Gesetz selbst schon vorgesehene hinausgeht“[40]). Das gleiche Gericht hat demgemäß an anderer Stelle[41]) dargelegt, daß Bedenken gegen die Vereinbarkeit der ermächtigenden Vorschrift im § 7 Satz 1 EWG mit dem GG nicht zu erheben sind.

Nach alledem ist davon auszugehen, daß § 7 Satz 1 EWG keine Ermächtigung zum Erlaß gesetzesergänzender Rechtsverordnungen enthält. Soweit Radtke[42]) darlegt, für seine Ansicht spreche auch, daß es dem Gesetzgeber „technisch möglich wäre, das von ihm Gewollte klar erkennbar zu machen“, schneidet er ein Problem an, welches nicht mit dem der Ermächtigung zum Erlaß gesetzesergänzender Verordnungen, also mit Art. 129 Abs. 3 GG zusammenhängt, sondern mit dem Problem der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Rechtssicherheit[43]).

Der Ansicht Radtkes kann daher nicht gefolgt werden. Es sei lediglich noch darauf hingewiesen, daß selbst dann, wenn man sein Ergebnis als richtig unterstellt, nicht angenommen werden könnte, daß die im § 7 Satz 1 EWG enthaltene Befugnis in vollem Umfang erloschen sei. Denn Art. 129 Abs. 3 GG bestimmt ausdrücklich, daß Ermächtigungen nur i n s o w e i t ungültig werden, als sie gesetzesvertretende Verordnungen möglich machen. Sie treten daher auch nur in diesem Umfang außer Kraft und bleiben im übrigen bestehen.

Für § 12 EWG gelten die gleichen Ausführungen wie für § 7. Eine Ergänzung des EWG kann auf Grund dieser Bestimmung schon deshalb nicht erfolgen, weil sie dem Reichswirtschaftsminister nicht gestattet, eine nicht im EWG enthaltene materielle Regelung zu treffen. Der Gesetzgeber hat hier bestimmt, in welchem Rahmen die Energieaufsichtsbehörden tätig werden können.

§ 13 EWG ist im vorstehenden Zusammenhang nicht problematisch.

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, daß die im EWG enthaltenen Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen mit Art. 129 Abs. 3 GG vereinbar sind. Sie bestehen daher auch heute noch fort.

---

[39]) Radtke S. 32
[40]) RBeil 1953, 81
[41]) BGHZ 23, 175 ff. (179)
[42]) Radtke S. 33
[43]) Vgl. dazu unten S. 21 und 30

Abschnitt B:

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Gesetzmäßigkeit der Verwaltung besagt zunächst, daß „sich alle staatlichen Handlungen außerhalb der Gesetzgebung ... unmittelbar auf die Verfassung selbst oder auf ein Gesetz in formellem Sinne zurückführen lassen" müssen[44]). Damit ist dieser Grundsatz aber noch nicht erschöpft. Denn er verlangt nicht nur eine „formgerechte, sondern auch eine inhaltlich präzise Gestaltung aller Rechtsnormen"[45]). Die Voraussetzungen des Verwaltungshandelns müssen also bereits im Gesetz festgelegt werden. Hierin liegt in gewissem Umfang eine Beziehung zu dem Problem der gesetzesergänzenden Verordnungen. Denn wenn die eben genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, so führt die Verwaltung das Gesetz nicht aus, sondern ergänzt es, indem sie anstelle des Gesetzgebers handelt.

Aus den vorgenannten Gründen dürfen nach allgemein anerkannter Ansicht die Behörden zumindest[46]) dort, wo sie in die Rechtssphären des einzelnen eingreifen, über die Voraussetzung ihres Tuns nicht nach ihrem freien Ermessen bestimmen, wie auch das BVerfG anerkannt hat, indem es darlegte: „Das Gesetz muß die Tätigkeit der Verwaltung inhaltlich normieren und darf sich nicht darauf beschränken, allgemein gehaltene Grundsätze aufzustellen. Eine lediglich formelle rechtssatzmäßige Bindung der Eingriffsverwaltung genügt nicht. Eine vage Generalklausel, die es dem Ermessen der Exekutive überläßt, die Grenzen der Freiheit im einzelnen zu bestimmen, ist mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht vereinbar"[47]).

I Die Vereinbarkeit der §§ 2 und 3 EWG mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip

Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 3 EWG hat der Reichswirtschaftsminister seine Entscheidung ausschließlich auf Grund bestimmter objektiver Merkmale zu treffen. Ihm wird auch kein Ermessen eingeräumt, wenn er darüber zu befinden hat, ob und inwieweit ein Unternehmen ein EVU ist. — § 3 Satz 2 EWG läßt zwar die Ausübung von Ermessen zu, das aber, wie bereits ausgeführt, ausschließlich an dem Zweck des Gesetzes zu orientieren ist. Die Ermächtigung nach dieser Vorschrift bezieht sich nur auf solche technischen und wirtschaftlichen Vorgänge und Tatbestände, welche für die Energieaufsichtsbehörden zur Erfüllung des Zweckes des EWG von Bedeutung sind.

Es ist daher festzustellen, daß beide Normen die Exekutive hinreichend binden. Gegen ihre Vereinbarkeit mit dem hier zu erörternden Prinzip bestehen deshalb keine Bedenken.

---

[44]) Maunz-Dürig in M-D Art. 20 Rd. Nr. 124
[45]) Hamann, Einführung I D 1 — 2b
[46]) Dazu Hans Peters in Huber Festschrift, S. 207 f.
[47]) BVerfG E 8, 274 ff. (325); BVerwG E 10, 202 ff. (205); BayerVerfGH DÖV 1951, 559 f.; Hamb. OVG DVBl 1951, 48 ff. (51); Ule, Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 309 ff. (328); Friesenhahn, R-S-W II S. 252

II Die Problematik des § 4 EWG und die Bedeutung der Wendung „Gründe des Gemeinwohls"

Zweifelhaft erscheint, ob § 4 Abs. 2 EWG dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung entspricht. Radtke verneint diese Frage nach eingehender Untersuchung[48]).

Das Problem ist danach zu entscheiden, ob man mit Radtke der Ansicht sein muß, diese Bestimmung enthalte mit dem Begriff „Gründe des Gemeinwohls" lediglich eine Richtlinie, welcher die Energieaufsichtsbehörden, wenn überhaupt, so doch nur in außerordentlich geringem Maße in ihrer Handlungsfreiheit einzuschränken vermag. Sollte sich dieses Argument als richtig erweisen, so wäre die genannte Wendung als „vage Generalklausel" i. S. der Rechtsprechung des BVerfG[49]) anzusehen. Denn der einzelne könnte nicht erkennen, „inwieweit die Verwaltung in seinen Rechtskreis eingreifen darf"[50]). Die Verwaltung wäre zu „Eingriffen nach ihrem Ermessen"[51]) ermächtigt, nicht aber dazu, „nach ihrem Ermessen von gesetzlich genau umgrenzten Eingriffen Gebrauch zu machen"[52]). Derartiges kann aber nicht angenommen werden. Denn die Wendung, „Gründe des Gemeinwohls" stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar.

Radtke leitet seine Untersuchung mit der Fragestellung ein, „ob der Begriff des Gemeinwohls die Exekutive in irgend einer Form zu binden vermag und ob der Zweck der mit § 4 EWG eingeführten Aufsichtsbefugnisse nicht auch erreicht werden kann, wenn die Aufsichtsbehörde an genauere Voraussetzungen gebunden wird"[53]). Soweit er aus dem zweiten Teil seiner Frage Folgerungen ziehen will, bestehen grundlegende Bedenken. Das EWG kann als vorkonstitutionelles Recht nicht mit den strengen Maßstäben gemessen werden, die an nachkonstitutionelles Recht zu legen sind. Das kommt insbesondere, wie dargelegt, in der Bestimmung des Art. 129 Abs. 3 GG zum Ausdruck, die nur diejenigen Ermächtigungen aufgehoben hat, die gegen das Prinzip der Gewaltenteilung verstoßen, alle übrigen jedoch bestehen ließ, also auch die, die nach den Bestimmungen des Grundgesetzes in förmlicher Hinsicht strenger den rechtsstaatlichen Erfordernissen des GG hätten angepaßt werden müssen. So hat das BVerfG anerkannt[54]), daß Ermächtigungen aus vorkonstitutioneller Zeit auch dann weiter gelten, wenn sie den heutigen rechtsstaatlichen Erfordernissen in formeller Hinsicht nicht entsprechen[55]).

Ist nun die Wendung „Gründe des Gemeinwohls" als unbestimmter Rechtsbegriff zu werten? Das wird von Radtke verneint. Dieser vertritt offensichtlich die Auffassung, ein unbestimmter Rechtsbegriff liege nur vor, wenn die Verwaltung „nach allgemeingültigen und damit objektiven Kriterien zu entscheiden hat"[56]) und nur eine einzige richtige und nicht „mehrere gleichwertige Entscheidungen" zu treffen vermag. Da nun nach seiner Ansicht auf Grund des § 4 Abs. 2 EWG

[48]) Radtke S. 47 ff. u. 84 f.
[49]) BVerfG E 9, 137 ff. (147 ff.)
[50]) BVerfG E 9, 149
[51]) BVerfG E 9, 148
[52]) BVerfG E 9, 148
[53]) Radtke S. 51
[54]) BVerfG E 2, 307 ff. (327) f.)
[55]) Vgl. auch oben S. 9 f.
[56]) Radtke S. 52

nicht eindeutig festgelegt werden könne, wann im konkreten Fall eine Untersagung oder Beanstandung erforderlich sei und ausgesprochen werden müsse, sieht er in dem dort genannten Begriff lediglich eine unverbindliche Richtlinie, eine vage Generalklausel, welche mit dem hier zu erörternden Prinzip nicht vereinbar sei[57]). Dem zu folgen erscheint bedenklich.

Einerseits ist es zweifelhaft, ob die Wendung „Gründe des Gemeinwohls" jeder Bindungswirkung entbehrt. Wenn nämlich der Gesetzgeber sie in den § 4 Abs. 2 EWG aufgenommen hat, so hat er damit etwas erreichen wollen, und das kann nur sein, die Befugnisse der Energieaufsichtsbehörden in irgend einer Weise einzuschränken oder, wie Ule[58]) es ausdrückt, den „Adressaten des Rechtssatzes rechtlich zu binden. Jede andere Deutung würde dem Wesen des Gesetzes zuwiderlaufen"[59]). Auf der anderen Seite erscheint es fraglich, ob ein Begriff nur dann als unbestimmter Rechtsbegriff angesehen werden kann, wenn bei seinem Vorliegen nur eine einzige richtige Entscheidung ergehen kann. Wie nämlich insbesondere Forsthoff[60]) dargelegt hat, gibt es keine einheitliche Kategorie der unbestimmten Rechtsbegriffe. Sie gliedern sich vielmehr in solche, „welche sich auf empirische Tatsachen, Verhältnisse und Umstände beziehen"[61]), wie z. B. der Begriff „zur Nachtzeit", „im Frühjahr" etc., und Wertbegriffe. Bei den ersteren wird die Auslegung einer Bestimmung, die etwa die Wendung „zur Nachtzeit" und damit ein rein empirisches Moment enthält, zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Anders ist es jedoch, wenn der unbestimmte Rechtsbegriff zu der Kategorie der Wertbegriffe gehört. Hier ergibt sich seine Bedeutung nicht aus einer abstrakten Betrachtung der ihn enthaltenden Norm. Er entfaltet vielmehr seine Wirksamkeit erst in einer bestimmten Situation.

Nach den Ausführungen Ules[62]) sind die unbestimmten Rechtsbegriffe in der Mehrzahl nicht deskriptiver, d. h. abstrakt an Hand des Gesetzestextes ihrem Inhalt nach feststellbarer, sondern normativer Art. Es ist ein Kennzeichen der Interpretation normativer, d. h. mit einem Werturteil über eine Tatsache verbundener Begriffe, daß hierbei verschiedene Wertungen von Situationen möglich sind, daß sie einen sog. Beurteilungsspielraum lassen[63]). In der Regel wird zwar die Auslegung eines derartigen Begriffes und damit auch die Situationsanalyse schon zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Das schließt indes nicht aus, wie u. a. das von Bachof angeführte Tankstellenbeispiel erweist[64]), daß in bestimmten Grenzfällen eine eindeutige Entscheidung nicht möglich ist, daß also bestimmte tatsächliche Gegebenheiten in gleicher Weise gleich richtig gewürdigt werden können[65]). Hieraus die Folgerung zu ziehen, in solchen Fällen könne von der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs nicht mehr die Rede sein, ist jedoch nicht angängig. Dort, wo subjektive Erwägungen angestellt werden, bleibt naturgemäß für eine objektive Beurteilung nur noch ein mehr oder minder begrenzter Raum[66]).

---

[57]) Radtke S. 84
[58]) Ule, Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 312
[59]) A. A. unzutreffend Huber II, S. 654
[60]) Lehrbuch S. 75 ff.; Ule aaO S. 313
[61]) Lehrbuch S. 75
[62]) Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 318
[63]) Vgl. BVerwG NJW 1961, 1942; 1958, 232 (235); 1960, 63 (65); VGH Kassel, DVBl 1962, 269
[64]) Bachof JZ 1955, 97 ff. (100)
[65]) Dazu BVerfG E 5, 112; 7, 154
[66]) Vgl. auch Maunz-Dürig in M-D Art. 20, Rd. Nr. 90; Jellinek, Lehrbuch, S. 31 f.; Wolff, Lehrbuch, S. 138 ff. (140)

Die Tatsache, daß die Wendung „Gründe des Gemeinwohls" möglicherweise nicht immer zu nur einer einzig möglichen Entscheidung zwingt, steht deshalb nicht entgegen, sie als unbestimmten Rechtsbegriff wertenden Inhalts aufzufassen[67]). Damit ist jedoch den Anforderungen aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung noch nicht genügt. Wenn auch der hier zu untersuchende Begriff in das EWG aufgenommen worden sein muß, um eine Bindung der Verwaltung herbeizuführen, so kann doch zweifelhaft sein, ob er diese Wirkung auch in ausreichendem Maße herbeiführt, ob er also Inhalt und Ausmaß der Eingriffsmöglichkeiten der Energieaufsichtsbehörden erkennbar macht. Diese Frage beantwortet sich indes aus dem Gesetz selbst.

Das EWG hat den Zweck, eine allumfassende Energieversorgung zu gewährleisten, wie bereits angedeutet[68]).

Es hat demnach ähnlich wie das Preisgesetz und auch die allgemeinen Polizeigesetze der Länder eine ordnungbewahrende, aus seiner Bestimmung folgende Funktion. An diesem Normziel ist eine Auslegung des hier in Rede stehenden Begriffes zu orientieren[69]). Daraus folgt, daß Gründe des Gemeinwohls die Verwaltung stets dann zu Eingriffen ermächtigen, wenn eine Gefährdung der Energieversorgung eintritt.

Die hier vertretende Ansicht steht auch in Einklang mit der Auffasung des BVerfG[70]). Danach ist es dem Gesetzgeber besonders im Bereich der Wirtschaftsverwaltung nicht verwehrt, Eingriffsermächtigungen in gewissem Umfang durch Generalklauseln und unbestimmte Begriffe zu schaffen. Es wäre ihm auch unmöglich, gerade auf diesem Gebiet ohne abstrakte und unbestimmte Formulierungen auszukommen, da er die Verwaltungsbehörden, hier die Energieaufsichtsbehörden, in die Lage versetzen muß, „ihren Aufgaben, den besonderen Umständen des einzelnen Falles und den schnell wechselnden Situationen des wirtschaftlichen Lebens gerecht zu werden." § 4 Abs. 2 EWG läßt nach alledem einen Verstoß gegen das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht erkennen.

Radtke meint in bezug auf § 4 Abs. 4 EWG, daß diese Bestimmung „nicht einmal den Versuch einer Bindung der Energieaufsichtsbehörde enthält"[71]). Die Stichhaltigkeit dieser Behauptung ist schwer einzusehen.

§ 4 Abs. 4 EWG legt fest, in welchem Umfang andere Unternehmen als EVU von den Aufsichtsbefugnissen des Reichswirtschaftsministers betroffen werden können. Die Bestimmung überläßt es nur dem Ermessen der Verwaltung, das an dem Zweck der Energieaufsicht zu orientieren ist, ob und wann sie von ihren Befugnissen Gebrauch machen will. Hierin kann jedoch ein Verstoß gegen das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht gesehen werden, da Inhalt und Umfang der Eingriffsmöglichkeiten der Energieaufsichtsbehörden eindeutig festgelegt sind[72]).

---

[67]) Ebenso BVerwG E 7, 114 ff. (121); OVG Münster AS 13, 327
[68]) Vgl. oben S. 14
[69]) Hierzu auch BVerfG E 6, 32 ff. (42). Nach dieser Entscheidung ist es zulässig, den Inhalt eines unbestimmten Begriffes aus der Norm selbst zu entnehmen; zur ähnlich liegenden Problematik des § 2 PreisG vgl. Werner Weber, DÖV 1957, 35 f.
[70]) BVerfG E 8, 326
[71]) Radtke, S. 84
[72]) Dazu auch BVerfG E 9, 146 f.

III Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der Ermächtigungen in den §§ 6, 7, 8, 12 und 13 EWG

§ 6 Abs. 4 EWG ermächtigt den Reichswirtschaftsminister, Anordnungen über eine Befreiung von den Bindungen des § 6 Abs. 1 bis 3 EWG zu treffen, wenn ein „wichtiges öffentliches Interesse" vorliegt. Dieser Begriff ist ebenso wie der des Gemeinwohls als ein unbestimmter Rechtsbegriff zu werten. Zweck des § 6 Abs. 4 EWG ist es, einen Ausgleich zwischen den Interessen der EVU und der Abnehmer herzustellen, wenn eine Innehaltung der Verpflichtungen auf Grund § 6 Abs. 1 bis 3 EWG eine Härte darstellen würde. Daß sich ein solcher Interessenausgleich im Rahmen des Gesamtzweckes des EWG halten muß, versteht sich von selbst. Deshalb können die Maßnahmen nach § 6 Abs. 4 EWG nur dazu dienen, eine Gefährdung der Energieversorgung abzuwenden. Wird das berücksichtigt, so kann nicht angenommen werden, daß diese Norm den Reichswirtschaftsminister befugt, nach freiem Ermessen tätig zu werden. § 6 Abs. 4 EWG ist daher mit dem hierzu untersuchenden Prinzip vereinbar.

Hinsichtlich des § 7 Satz 1 EWG gelten die gleichen Grundsätze, die für eine Auslegung des § 4 Abs. 2 EWG herangezogen werden müssen.

Radtke[73]) hält nun, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, den Begriff der „wirtschaftlichen Gestaltung" nicht für ausreichend, die Verwaltung in genügender Weise zu binden. Dem kann jedoch aus den bereits für § 4 Abs. 2 EWG in bezug auf den Begriff Gemeinwohl dargelegten Gründen nicht gefolgt werden. Auch hier handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der von den Verwaltungsgerichten in vollem Umfang nachprüfbar ist[74]). Wenn der Reichswirtschaftsminister ermächtigt wurde, ein wirtschaftliches Gestaltungsrecht auszuüben, so sollte er, wie Darge-Melchinger-Rumpf darlegen, „durch die Rücksicht auf die Wirtschaftlichkeit des Versorgungsunternehmens" . . . „eine Synthese suchen zwischen den Belangen des Abnehmers oder der Abnehmer auf der einen Seite und der Energieversorgungsunternehmen auf der anderen Seite"[75]). Wenn auch der der Exekutive eingeräumte Handlungsspielraum sehr weit ist, da sich in abstracto selten bestimmen lassen wird, wann nun das Merkmal der Wirtschaftlichkeit i. S. des § 7 Abs. 1 EWG vorliegt, so ist doch die Verwaltung in genügender Weise an das Gesetz gekettet. Denn auch § 7 hat als Vorschrift des EWG wie die Generalklauseln des Polizeirechts[76]) eine ordnungsbewahrende Funktion. Er geht von einem gewissen „Idealzustand" der Energieversorgung auf dem Gebiete des Preisrechts aus und berechtigt lediglich dazu, Störungen dieses Zustands zu beseitigen bzw. ihm die Energieversorgung anzupassen. § 7 Satz 1 EWG verstößt daher nicht gegen das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

§ 8 Abs. 2 EWG räumt der Exekutive ein Ermessen nicht ein.

Nach § 12 EWG kann der Reichswirtschaftsminister über Zulässigkeit und Bemessung von Benutzungsgebühren oder sonstigen Entschädigungen für die Benutzung von Straßen und Verkehrswegen jeder Art Vorschriften und Anordnungen erlassen. Sinn der Vorschrift ist folgender:

---

[73]) Radtke, S. 85
[74]) Vgl. dazu auch Ule, Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 318
[75]) D-M-R § 7 Anm. 3, S. 199
[76]) Dazu auch Wacke, DÖV 1955, 456 ff.

Die Pflicht, Benutzungsgebühren etc. zu entrichten, kann die Wirtschaftlichkeit der einzelnen EVU in erheblicher Weise beeinträchtigen und zu einer Steigerung der Energiepreise führen. Das kann dem Zweck des EWG, eine u. a. preiswerte Energieversorgung zu gewährleisten, erheblich widersprechen. Wenn hier durch § 12 EWG eine derartige Belastung der EVU gemindert werden soll, so wird dadurch nur dem mit dem EWG verfolgten Zweck entsprochen, und zwar insbesondere dem der Aufrechterhaltung einer preiswerten Versorgungsmöglichkeit. Wird das berücksichtigt, so kann von einer Ermächtigung der Exekutive, über die Voraussetzungen ihres Tuns und Wollens nach freiem Ermessen zu entscheiden, keine Rede mehr sein. Auch § 12 EWG ist daher mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vereinbar.

Die Ermächtigungen in § 13 EWG sind hinreichend bestimmt. Diese Vorschrift steht deshalb mit dem hier zu untersuchenden Prinzip in Einklang.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß Bedenken gegen die Gültigkeit der Bestimmungen des EWG aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht hergeleitet werden können.

Abschnitt C:

Der Grundsatz der Rechtssicherheit

Zu diesem Prinzip hat das BVerfG in mehreren Entscheidungen die Auffassung vertreten, daß die Eingriffsermächtigungen der Verwaltung für den Staatsbürger meßbar und in gewissem Umfang voraussehbar und berechenbar sein müssen[77]). Diese Voraussetzung ist an und für sich erfüllt, wenn die Verwaltung in hinreichender Weise an das Gesetz gebunden, wenn also dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Genüge getan ist. Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß auch eine Bindung der Verwaltung einen Zustand der Rechtsunsicherheit nicht auszuschließen vermag, wenn das Verwaltungshandeln für den einzelnen als nicht meßbar erscheint.

I Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der §§ 3 und 4 EWG

Die Vorschrift des § 3 EWG gibt unter dem hier zu prüfenden Gesichtspunkt zu Zweifeln keinen Anlaß. Das einzelne EVU ist auf Grund dieser Bestimmung imstande zu erkennen, in welcher Weise und in welchem Umfang in seine Rechte eingegriffen werden kann. Erheblichen Zweifeln begegnet jedoch die Vorschrift des § 4 Abs. 2 EWG. Wenn auch die Energieaufsichtsbehörden in die Rechte der einzelnen EVU nur aus Gründen des Gemeinwohls eingreifen dürfen und wenn auch in etwa zu erkennen ist, wann derartige Gründe vorliegen, so erscheint doch fraglich, ob nicht die durch die Vereinfachungsverordnung vom 27. September 1939 geschaffene Befugnis der Energieaufsichtsbehörden, ohne Innehaltung einer Frist von ihrem Beanstandungs- und Untersagungsrecht Gebrauch zu machen, gegen rechtsstaatliche Grundsätze verstößt. Zu diesem Problem hat der Bayer-

[77]) Vgl. u. a. BVerfG E 8, 325; Benkendorff, EltW 1951, 219 (für § 5 EWG)

VerwGH ausführlich Stellung genommen[78]). Er hat den Standpunkt vertreten, daß die Vereinfachungsverordnung das im § 4 EWG bis ins einzelne geregelte Verfahren durch die Aufhebung der Fristen und die Beseitigung des Untersagungsverfahrens in größte Verwirrung gebracht habe. Der hierdurch hervorgerufene Schwebezustand, in welchen die EVU infolge ihrer Ungewißheit über das Schicksal der angezeigten Vorhaben geraten seien, sowie die damit verbundene Lähmung der Wirtschaftstätigkeit habe zwar für die Dauer des Krieges ertragen werden müssen, widerspreche aber nunmehr rechtsstaatlichen Prinzipien[79]). Deshalb sei davon auszugehen, daß die Vereinfachungsverordnung grundgesetzwidrig sei und die in § 4 Abs. 2 EWG bezeichneten Fristen wieder Geltung beanspruchen könnten[80]).

1. Die Bedeutung des in der Vereinfachungsverordnung verwendeten Begriffs „bis auf weiteres"

Es erscheint fraglich, ob selbst bei Unwirksamkeit der Verordnung § 4 Abs. 2 EWG wieder seine ursprüngliche Gestalt erlangen würde. Denn anerkanntermaßen bleibt ein aufgehobenes Gesetz außer Kraft, wenn das aufhebende Gesetz seinerseits aufgehoben oder von selbst ungültig wird[81]). Um dem alten Gesetz wieder Wirksamkeit zu verleihen, bedarf es in jedem Falle eines neuen Aktes des Gesetzgebers. Ob dieses Prinzip auch hier Anwendung findet, kann zweifelhaft sein. Denn die Vereinfachungsverordnung hat ihrem Wortlaut nach die Fristen nicht endgültig, sondern lediglich „bis auf weiteres" beseitigt.

Eiser-Riederer deuten die genannte Wendung unter Berufung auf ein Urteil des BFH vom 20. Dezember 1951[82]) in dem Sinne, daß die „bis auf weiteres angeordnete Regelung bis zu ihrer" ausdrücklichen „Änderung und Aufhebung gilt"[83]). Derartiges müsse aber für alle Gesetze angenommen werden. Die Vereinfachungsverordnung enthalte daher ein obiter dictum und sei deshalb nichtssagend oder für diesen Fall allenfalls als unklar zu behandeln. Dann aber sei auch hier der vom BayerVerwGH aufgestellte Grundsatz maßgebend, nach welchem Unklarheiten in einem Verwaltungsakt stets zu Lasten der verfügenden Behörde gehen[84]). Unklarheiten eines Gesetzes müßten sich alsdann ebenfalls zu Lasten des Gesetzgebers auswirken. Deshalb sei die genannte Wendung als bedeutungslos zu behandeln, da sich die aus ihr ergebende Unklarheit durch Auslegung nicht beheben lasse. Daraus folge, daß die im § 4 Abs. 2 EWG bezeichneten Fristen endgültig außer Kraft getreten seien, unabhängig davon, ob die Vereinfachungsverordnung noch bestehe oder nicht.

Die These Eiser-Riederers ist sicher insoweit unangreifbar, als sie sagen, die „bis auf weiteres" angeordnete Regelung gelte nur bis zu ihrer Änderung oder Aufhebung. Es erscheint jedoch zumindest voreilig, daraus zu folgern, daß die in Rede stehende Wendung nur Selbstverständliches enthalte und daher als bedeutungslos zu behandeln sei.

---

[78]) RBeil 1953, 28 ff. = Städtetag 1953, 413 (414)
[79]) So anscheinend auch Huber I S. 581; Romeiß, EltW 1953, 500
[80]) Friesenhahn, EltW 1957, 18
[81]) HessVGH Verw. Rspr. 1, 91 ff. (92)
[82]) BStBl 1952 III 43
[83]) E-R § 4 Anm. 1b, S. 111
[84]) BayerVerwGH, Bayer Bürgermeister 1953, 139

Die Vereinfachungsverordnung hat unter Wahrung der ursprünglichen Fassung des § 4 Abs. 2 EWG lediglich die in ihm enthaltene Fristbestimmung außer Kraft gesetzt. Grund war offensichtlich, ein reibungsloses Funktionieren der Verwaltung zu gewährleisten und die Energieaufsichtsbehörden zumindest in der auf den Erlaß der Verordnung folgenden Zeit von dem Zwang zu befreien, innerhalb einer bestimmten Zeit tätig werden zu müssen. Die Vereinfachungsverordnung und mit ihr die Wendung „bis auf weiteres" kann daher durchaus den Charakter haben, für eine bestimmte oder auch für eine nicht absehbare Zeit der Verwaltung eine Erleichterung zu verschaffen, nicht aber für die Dauer. Das ist um so mehr anzunehmen, als es dem Gesetzgeber ein Leichtes gewesen wäre, die in Rede stehende Wendung wegzulassen, wenn er eine endgültige Regelung gewollt hätte. Gerade weil er aber diesen Passus in den Gesetzestext hineingebracht hat, ist mit Sicherheit zu schließen, daß er damit den vorläufigen Charakter der Änderung betonen wollte[85]). Dann aber hat die Außerkraftsetzung der Fristen nur solange Bestand, wie auch die Vereinfachungsverordnung in Kraft ist.

Dieses Ergebnis widerspricht auch nicht dem Prinzip der Unabhängigkeit eines Gesetzes von seiner Ermächtigungsgrundlage und der endgültigen Unwirksamkeit eines Gesetzes nach dessen Außerkrafttreten. Der Grundsatz, daß eine aufgehobene Bestimmung nach der Beseitigung der aufhebenden Vorschrift nicht wieder Geltung erlangt, trifft nur für als dauerhaft gedachte Normen zu. Vorläufige Rechtssätze tragen jedoch nicht den Charakter einer abschließenden Regelung in sich, sondern werden gerade dann aufgestellt, wenn eine Norm für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit nicht mehr angewendet und später entschieden werden soll, ob die bisherige Regelung beibehalten oder aber geändert werden soll. So sagt auch Jellinek, daß der alte Rechtssatz wieder auflebt, „wenn der aufhebende Rechtssatz vorläufiger Natur war"[86]). Die Ansicht, die Fristen des § 4 Abs. 2 EWG könnten nach Wegfall der Vereinfachungsverordnung wieder Geltung beanspruchen, hat, wie hier, auch der Bundeswirtschaftsminister in seinem Schreiben vom 3. Juli 1952[87]) vertreten, allerdings ohne nähere Begründung.

Nach alledem ist die Wirksamkeit der Außerkraftsetzung der Fristen vom Fortbestand der Vereinfachungsverordnung abhängig.

2. Die Vereinfachungsverordnung als Kriegsverordnung

Nach der Auffassung Friesenhahns ist die Vereinfachungsverordnung mit dem Zeitpunkt der Beendigung des Krieges ungültig geworden[88]). Die Vereinfachungsverordnung stellt zwar nach allgemeiner Ansicht eine Kriegsverordnung dar[89]). Daraus kann jedoch nicht ohne weiteres hergeleitet werden, ihre Wirksamkeit sei lediglich auf die Dauer des Krieges begrenzt gewesen. Schon der Wortlaut der Verordnung gibt für eine derartige Auslegung nichts her. Er läßt zwar erkennen, daß keine endgültige Regelung getroffen werden sollte, läßt aber den Zeitpunkt

[85]) OVG Münster AS 13, 310 ff. (321); dazu auch Best, DR 1939, 1834 ff. (1836)
[86]) Lehrbuch S. 142
[87]) Abgedruckt bei E-R I S. 113 f.; ebenso BVerwG E 7, 114 ff; BayerVGH RBeil 1953, 29 ff.; Friesenhahn, EltW 1957, 18; Romeiß, EltW 1953, 500
[88]) AaO
[89]) BVerwG E 7, 118

des Außerkrafttretens offen. Hätte dieser mit dem der Beendigung der Kampfhandlungen oder des Abschlusses eines Friedensvertrages oder eines sonstigen Ereignisses zusammenfallen sollen, so hätte die Verordnung derartiges selbst zum Ausdruck bringen müssen. Denn ein Grundsatz, nach welchem in Not- oder Spannungszeiten ergangene Normen ipso iure nach Aufhören der Gefahrenlage ungültig werden, besteht nicht[90]). Die Vereinfachungsverordnung ist nach alledem nicht deshalb unwirksam geworden, weil es sich um eine Kriegsverordnung handelt[91]).

3. Verfahrensänderungen auf Grund der Vereinfachungsverordnung

Allein auf Grund der Beseitigung der Fristen und des nach § 4 Abs. 2 EWG vorgeschriebenen Verfahrens zu folgern, die Vereinfachungsverordnung widerspreche rechtsstaatlichen Grundsätzen, wie der BayerVerwGH es tut[92]), ist ohne weiteres nicht angängig. Denn auch nach Erlaß der Vereinfachungsverordnung bestand und besteht auch heute ein Verfahren zur Prüfung angezeigter Vorhaben, welches nur nicht fristgebunden ist, aber rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechen kann.

a) Einführung eines Genehmigungsvorbehaltes

Vor Erlaß der Vereinfachungsverordnung hatte gemäß § 4 Abs. 2 EWG ein EVU ein — durch Beanstandung und Untersagung vernichtbares — Recht, ein geplantes und angezeigtes Vorhaben zu verwirklichen. Es bedurfte dazu keiner Erlaubnis oder Genehmigung oder Freigabeerklärung der Energieaufsichtsbehörden. Es war lediglich verpflichtet, vor Beginn seines Vorhabens den Ablauf der Beanstandungsfrist von einem Monat abzuwarten. Geschah während dieser Zeit von seiten der Aufsichtsbehörde nichts, so war das EVU in der Verwirklichung seines Vorhabens frei. Wurde eine Beanstandung ausgesprochen, so verlängerte sich die Wartepflicht um weitere zwei Monate. Untersagte die Aufsichtsbehörde innerhalb dieser Zeit das Vorhaben nicht, so konnte das EVU, sofern nicht die Frist gemäß § 4 Abs. 3 Satz 3 EWG verlängert wurde, mit dessen Durchführung beginnen. Die Wartepflicht war endgültig abgelaufen. Wurde hingegen eine Untersagung ausgesprochen, so dauerte sie bis zur rechtskräftigen richterlichen Entscheidung fort. § 4 Abs. 2 EWG in seiner ursprünglichen Fassung legte also den EVU einerseits eine Wartepflicht auf und sperrte den Beginn angezeigter Vorhaben für eine begrenzte Zeit, zwang aber andererseits die Aufsichtsbehörde, innerhalb einer bestimmten Frist tätig zu werden. Nach dem Ablauf der normierten Fristen erstarkte das vernichtbare Recht auf Verwirklichung angezeigter Vorhaben zu einem Vollrecht und die Sperrwirkung endete ipso iure, so daß sich eine förmliche Benachrichtigung der EVU, von seiten der Verwaltung werde keine Beanstandung oder Untersagung ausgesprochen, erübrigte.

Die Vereinfachungsverordnung setzte die Vorschriften über das Untersagungsverfahren sowie die im § 4 Abs. 2 EWG bezeichneten Fristen vorläufig außer

---

[90]) BVerwG aaO
[91]) OVG Münster AS 13, 321 f.
[92]) RBeil 1953, 28 ff.

Kraft. Sie verlängerte damit die den EVU obliegende Wartepflicht und infolgedessen auch die Verwirklichungssperre auf unbestimmte Zeit. Hierin sehen Eiser-Riederer nicht nur eine verfahrensrechtliche, sondern auch eine sachliche Änderung des EWG, in welches nunmehr ein faktischer Genehmigungsvorbehalt aufgenommen sei[93]). Sie begründen ihre Ansicht wie folgt:

Neben einer Beseitigung der Fristen und des Untersagungsverfahrens habe die Vereinfachungsverordnung die Möglichkeit geschaffen, auch ohne vorherige Beanstandung eine Untersagung auszusprechen. Sie habe damit die sachlichen und formellen Voraussetzungen des Verfahrens nach § 4 Abs. 2 EWG, das einem eine Beanstandung oder Untersagung aussprechenden Verwaltungsakt vorausgehe, gleichgeschaltet. Aus dem Inhalt des Verfahrens könne heute nicht mehr ersehen werden, ob die Energieaufsichtsbehörden eine Beanstandung oder Untersagung hätten aussprechen wollen, sofern der Verwaltungsakt unklar sei. Ein derartiger Verwaltungsakt sei jedoch mangels Bestimmtheit nach allgemeinen Grundsätzen als nichtig anzusehen. Es würde nun „den klaren Zielen der Verordnung vom 27. 9. 1939 widersprechen“[94]), wenn Willensakte der Aufsicht lediglich deshalb als unwirksam angesehen werden müßten, weil sie nicht erkennen lassen, welche der Maßnahmen nach § 4 Abs. 2 EWG sie zum Inhalt haben. Derartige Zweifel könnten sich nicht ergeben, wenn die Auffassung vertreten werden könnte, die Vereinfachungsverordnung habe einen Genehmigungsvorbehalt eingeführt.

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Den Energieaufsichtsbehörden ist zuzumuten, deutlich zu erklären, ob sie ein angezeigtes Vorhaben nur beanstanden oder aber untersagen wollen. Ist die Erklärung mehrdeutig, so ist für die Annahme von Nichtigkeit kein Raum; denn nur unverständliche und unsinnige, nicht aber bloß unklare oder mehrdeutige Verwaltungsakte sind nichtig[95]). Jedenfalls wird sich so viel erkennen lassen, daß die Verwaltung Bedenken gegen eine Durchführung des angezeigten Vorhabens hat kundtun wollen. Damit ist aber nach Auffassung des Verfassers sicher, daß die Energieaufsichtsbehörden zumindest von dem weniger schweren Mittel einer Beanstandung haben Gebrauch machen wollen.

Eiser-Riederer führen weiter aus, die Verordnung habe zu einer sachlichen Änderung des § 4 Abs. 2 EWG führen müssen, da andernfalls „keinerlei Notwendigkeit bestanden habe, die Fristen durch gesetzgeberischen Akt zu beseitigen“[96]). Das ergebe sich auch daraus, daß § 4 Abs. 3 Satz 3 EWG „den RWM als Energieaufsichtsbehörde schon früher ermächtigte, die Fristen des § 4 Abs. 2 EWG im Einzelfall (und wohl auch generell) zu verlängern; es hätte also, um diesen begrenzten Zweck zu erreichen, durchaus eine interne Weisung des Inhalts genügt, daß künftig mittels Formblatts die Fristen des § 4 Abs. 2 EnergG jeweils zu verlängern seien.“ Hinzu komme, daß die Verordnung in einer Zeit verstärkter planwirtschaftlicher Tendenzen ergangen sei, daß sie also eine Verstärkung staatlichen Einflusses auf das Betriebsgebahren jedes einzelnen EVU mit sich bringen sollte. Sie habe daher den Zweck gehabt, „alle anzeigungspflichtigen Vorhaben generell zu sperren“. Schließlich bestätige der Wortlaut des § 15 Abs. 3 Satz 2 EWG die

[93]) E-R I § 4 Anm. 1b, S. 111a
[94]) E-R I § 4 Anm. 1b, S. 115a
[95]) VGH München Verw.Rspr. 1, 400; VGH Stuttgart, Verw.Rspr. 2, 469; Forsthoff, Lehrbuch, S. 229
[96]) E-R aaO S. 115a

Richtigkeit der vorgetragenen Auffassung, da er selbst von einer Genehmigung handele[97]).

Bei dem letzten Argument übersehen Eiser-Riederer, daß § 15 Abs. 3 Satz 2 EWG von einer Genehmigung nur sinnvoll im Zusammenhang mit bestehenden Fristen handeln konnte. Wenn vor Ablauf der Fristen gebaut werden sollte, so war eine Genehmigung als Dispens von der Wartepflicht notwendig. Mit Recht legt der VGH München dar[98]), eine Auslegung des § 15 Abs. 3 Satz 2 EWG in der Weise, wie Eiser-Riederer es fordern[99]), leide „an dem Widerspruch, daß er von einer Genehmigung des Reichswirtschaftsministers und zugleich von einer Untersagung" spreche; „wenn eine Genehmigung notwendig ist, ist für eine Untersagung kein Raum mehr: d. h., was ohne Genehmigung nicht durchgeführt werden darf, braucht nicht erst untersagt zu werden."

Zu den übrigen Argumenten Eiser-Riederers ist zu sagen, daß der Wortlaut der Vereinfachungsverordnung für die von ihnen vorgenommene Auslegung nichts hergibt. Der Inhalt der Verordnung bringt, objektiv gesehen, nur eine Vereinfachung des bestehenden Verfahrens, und eben zu diesem Zweck war die Verordnung, wie ihre amtliche Überschrift erkennen läßt, geschaffen. Wenn nun Eiser-Riederer meinen, es hätte bei diesem begrenzten Zweck keine Notwendigkeit bestanden, den Text des § 4 Abs. 2 EWG umzugestalten, weil das erstrebte Ziel auch anderweitig hätte erreicht werden können, so ist dem ihr eigenes Argument entgegenzuhalten, daß für die Auslegung einer Norm nicht maßgebend sein kann, „ob der Normgeber die Macht gehabt hätte, diese ... anders zu erlassen oder zu fassen"[100]). Derartige Argumente können nur indizienhafte Bedeutung haben. Wenn der Verordnungsgeber eine sachliche Änderung des § 4 Abs. 2 EWG beabsichtigt hätte, so wäre es ihm bei seiner Machtfülle ein Leichtes gewesen, seinen Willen zumindest in der Vereinfachungsverordnung zum Ausdruck zu bringen. Tatsächlich hat er das jedoch unterlassen. Er hat auch nicht den Wortlaut des § 4 Abs. 2 EWG neu gefaßt, wie es im Falle des § 1 Abs. 2 EWG geschehen ist. Danach ist festzustellen, daß für eine Auslegung der Vereinfachungsverordnung i. S. Eiser-Riederers kein Grund besteht. Sie verliert auch nicht ihren Sinn, wenn angenommen wird, daß mit ihr ein Genehmigungszwang nicht eingeführt worden ist. Ihr Zweck liegt dann ausschließlich darin, Verfahrenserleichterungen zu schaffen[101]).

b) Die Notwendigkeit einer Freigabeerklärung

Das OVG Münster ist der Ansicht, nach Beseitigung der Fristen sei nunmehr eine förmliche Erklärung der Energieaufsichtsbehörden nötig, daß sie das von einem EVU angezeigte Vorhaben freigebe[102]). Eine derartige Annahme liegt nahe. Denn wenn die Wartepflicht nach Wegfall der Fristen durch kein Ereignis wie deren Ablauf begrenzt zu werden scheint, so scheint eine förmliche Freigabeerklärung notwendig zu sein, um die EVU vom Ablauf der Verwirklichungssperre in Kenntnis zu setzen. Diese Interpretation würde jedoch dazu nötigen, die An-

---

[97]) E-R aaO S. 116
[98]) VGH München BayerVerwBl 1956, 277 (278)
[99]) Auch OVG Münster AS 13, 323 f.; Friesenhahn EltW 1957, 18
[100]) E-R aaO S. 116a
[101]) BVerwG E 7, 123; VGH München BayerVerw Bl 1956, 277; OVG Münster AS 13, 323
[102]) OVG Münster aaO

zeige nach § 4 Abs. 1 EWG in einen Antrag auf Freigabe umzudeuten, um einem EVU die Möglichkeit zu geben, die Freigabe im Verwaltungsrechtwege notfalls zu erzwingen.

Dieser Auslegung kann jedoch nicht gefolgt werden[103]). Denn auch dann, wenn eine Freigabeerklärung erforderlich sein sollte, könnte von einem — vernichtbaren — Recht der EVU auf Verwirklichung eines angezeigten Vorhabens keine Rede mehr sein. Das vernichtbare Recht würde nämlich, worauf es entscheidend ankommt, ohne Freigabeerklärung nicht zu einem Vollrecht erstarken können, wie § 4 Abs. 2 EWG alter Fassung es vorsah. Würde die Vereinfachungsverordnung eine Freigabeerklärung nötig machen, so hätte sie auch eine sachliche Änderung eingeführt[104]). Eine Lösung ist daher auf anderem Wege zu suchen.

Zwischen der Dauer der Wartepflicht der EVU und der Zeit, in der die Energieaufsichtsbehörden tätig werden konnten, bestand nach § 4 Abs. 2 a. F. EWG eine enge Relation. Diese ist durch die Vereinfachungsverordnung in der Weise aufgehoben worden, daß nach Beseitigung der Fristen die Wartepflicht nicht mehr für eine bestimmte, sondern für eine unbestimmte und für die EVU nicht meßbare Zeit zu laufen beginnt. Eine derartige Regelung war im Hinblick auf die Kriegsverhältnisse auch notwendig, um der Verwaltung ohne Verlust des Beanstandungs- und Untersagungsrechtes die Möglichkeit zu geben, kriegswichtige Vorhaben beschleunigt zu bearbeiten und für militärische und volkswirtschaftliche Aufgaben weniger bedeutsame Projekte zurückzustellen. Die Energieaufsichtsbehörde war also so lange darin frei, ob sie auf eine Mitteilung hin tätig werden wollte oder nicht, bis sie vordringlich zu bearbeitende Anzeigen nicht mehr zu entscheiden hatte. Wollte sie gleichwohl ein Vorhaben nicht beanstanden, so gab sie es frei, indem sie die nach § 15 Abs. 3 Satz 2 EWG notwendige Genehmigung erteilte. Einen Anspruch auf Freigabe innerhalb einer bestimmten Zeit hatte ein EVU jedoch nicht.

Müßte § 4 Abs. 2 EWG i. d. F. der Vereinfachungsverordnung in der eben angedeuteten Weise ausgelegt werden, daß die Energieaufsichtsbehörden die Dauer der Wartepflicht nach ihrem freien Ermessen bestimmen könnten, so wäre er als verfassungswidrig anzusehen. Die EVU wären nämlich nach Abgabe der Anzeige einem Zustand größter Rechtsunsicherheit preisgegeben, wie der BayerVerwGH mit Recht ausgeführt hat[105]). Hierin läge ein Verstoß gegen das Prinzip der Rechtssicherheit. Es fragt sich daher, ob nicht die Vereinfachungsverordnung unter Beachtung ihres Zieles und Zweckes verfassungskonform[106]) auslegbar ist, mit der Folge, daß die Wartepflicht ihrem Umfang und Inhalt nach meßbar wird[107]).

4. Die Dauer der Fristen nach § 4 Abs. 2 EWG

Zweck der Vereinfachungsverordnung ist es, die Energieaufsichtsbehörden vor einem Verlust des Beanstandungs- und Untersagungsrechtes innerhalb kürzester

---

[103]) Wie hier: Stern, AöR 84, 176

[104]) Die Stellung eines EVU ist auch in tatsächlicher Hinsicht viel stärker, wenn ein Genehmigungsvorbehalt nicht angenommen wird. Denn die Behörde kann ihr Untersagungsrecht unter bestimmten Umständen verwirken, so daß spätestens im Zeitpunkt der Verwirkung ein EVU mit der Verwirklichung seines Vorhabens beginnen könnte (dazu Jellinek, Lehrbuch, S. 288; Wolff, Lehrbuch, S. 193 f.). Das wäre nicht der Fall, wenn eine Genehmigung oder Freigabeerklärung erforderlich wäre.

[105]) BayerVerwGH RBeil 1957, 29

[106]) BVerfG DÖV 1953, 605; BayerVerfGH E 5 II S. 19 ff. (20, 29); Bachof, VVDStRL 12, 37 ff. (52 f.)

[107]) Vgl. dazu auch Bender, MDR 1959, 441 ff.

Zeit zu sichern. Sie kann jedoch nicht jegliche Fristbestimmung beseitigt haben, wie auch aus § 4 Abs. 3 Satz 3 folgt, der niemals aufgehoben worden ist. Denn aus der Wendung „die in Abs. 2 bezeichneten Fristen" ist herzuleiten, daß an die Stelle der ursprünglichen nunmehr unbestimmte Fristen getreten sind, die erforderlichenfalls sogar einer Verlängerung fähig sind. Eine derartige Auslegung steht ebenfalls mit dem Zweck der Vereinfachungsverordnung in Einklang.

Die Dauer der unbestimmten Fristen ist im folgenden festzustellen. Diese müssen einerseits so bemessen sein, daß die Energieaufsichtsbehörde in der Lage ist, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen. Andererseits darf aber auch die Wartepflicht der EVU eine zumutbare Dauer nicht übersteigen.

Der Bundesgesetzgeber verlangt von jeder Verwaltungsbehörde, daß sie in angemessener Zeit tätig wird. Die Dauer einer angemessenen Bearbeitungszeit hat er in den §§ 75, 76 VwGO konkretisiert, indem er die Verwaltung nach Ablauf von drei Monaten bis zu einem Jahr der Gefahr aussetzte, von einem Antragsteller mit einer Verpflichtungsklage überzogen zu werden, nach dieser Zeit jedoch dem Antragsteller das Recht absprach, noch gegen die untätige Behörde vorzugehen. Aus dieser Regelung ergibt sich, daß eine Behörde spätestens innerhalb eines Jahres über einen begehrten Verwaltungsakt zu entscheiden hat, wenn nicht aus besonderem Anlaß diese Frist verlängert wird.

Diese in der VwGO aufgestellten Grundsätze können für das EWG übernommen werden, so daß längstens nach Ablauf eines Jahres die angemessene Zeit verstrichen ist, in der die Energieaufsichtsbehörden ihr Beanstandungs- oder Untersagungsrecht auszuüben vermögen, sofern nicht eine Anordnung gemäß § 4 Abs. 3 Satz 3 EWG getroffen wird. Die Wartepflicht der EVU endet zu eben demselben Zeitpunkt, so daß sie nach dieser Zeit frei werden, ihre Vorhaben zu verwirklichen. Eines Freigabebescheides bedarf es dann naturgemäß nicht mehr. Der Bundeswirtschaftsminister selbst hat mit Schreiben vom 3. November 1953[108]) ausgeführt, es sei mit den obersten Landesbehörden Einigkeit erzielt worden, bei der Bearbeitung von Anzeigen die ursprünglichen Fristen des § 4 Abs. 2 EWG einzuhalten. Damit hat er nach Ansicht des Verfassers zum Ausdruck gebracht, daß er eine Frist von längstens 2 Monaten als angemessen ansieht.

Bei der hier getroffenen Auslegung ist § 4 Abs. 2 EWG durchaus mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar, da feststeht, welches Verfahren einzuhalten ist und innerhalb welcher Zeit die Energieaufsicht tätig werden muß, wenn sie nicht ihr Beanstandungs- und Untersagungsrecht verlieren will. Von einer Rechtsunsicherheit kann dann keine Rede mehr sein.

Die §§ 4 Abs. 3 und Abs. 4 sind im vorliegenden Zusammenhang verfassungsrechtlich unbedenklich.

II § 5 Abs. 1 EWG als den Grundsätzen der Rechtssicherheit genügende Norm

Nach der Auffassung Radtkes verstößt § 5 Abs. 1 EWG gegen das hier zu erörternde Prinzip[109]). Radtke meint nämlich, diese Bestimmung enthalte keinerlei Richtlinien, welche die Handlungsfreiheit der Verwaltung einzugrenzen imstande

[108]) Abgedruckt bei E-R I S. 113a
[109]) aaO S. 93 ff.

seien und auf Grund derer in etwa zu ersehen sei, wann und unter welchen Voraussetzungen mit der Erteilung einer Genehmigung gerechnet werden könne. Er übersieht jedoch, daß zumindest die Normen des EWG nur und ausschließlich zur Verfolgung des mit ihnen beabsichtigten Zweckes gehandhabt werden dürfen[110]). Eine andere Ansicht zu vertreten, würde auch letzten Endes dazu führen, speziell die Eingriffsverwaltung in nicht geringem Umfang von ihrer Bindung an das Gesetz zu befreien und ihr zu ermöglichen, ihrem Handeln normfremde Motive zugrunde zu legen. So hat denn auch anscheinend der Reichswirtschaftsminister, wie aus den Darlegungen Eiser-Riederers hervorgeht[111]), bereits im Jahre 1938 den Standpunkt vertreten, daß die Frage, ob eine Genehmigung nach § 5 Abs. 1 EWG zu erteilen sei, nur nach den sich aus dessen Sinn ergebenden Gesichtspunkten beurteilt werden dürfe.

Radtke meint nun, es genüge nicht, den Zweck einer Bestimmung deren Charakter zu entnehmen, sondern es sei erforderlich, daß dieser im Text ausdrücklich hervorgehoben werde[112]). Auch dieser Ansicht kann, jedenfalls grundsätzlich, nicht gefolgt werden. Sie mag zwar für nachkonstitutionelles Recht Bedeutung haben. Für vorkonstitutionelle Normen trifft sie aber nicht zu, wie sich bereits aus den bisherigen Ausführungen hinsichtlich der Art. 80 und 129 GG ergeben hat. Recht aus vorgrundgesetzlicher Zeit kann eben in formeller Hinsicht nicht mit den Maßstäben gemessen werden, die an nachkonstitutionelle Bestimmungen zu legen sind. Aus diesem Grunde muß es auch, wie inzwischen allgemein anerkannt ist, genügen, den Zweck einer Vorschrift deren Charakter zu entnehmen[113]). Das aber ist bei § 5 Abs. 1 EWG möglich.

Nach alledem können verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit gegen § 5 Abs. 1 EWG nicht geltend gemacht werden[114]).

III Das Prinzip der Rechtssicherheit und die §§ 6, 7, 12 und 13 EWG

Die §§ 6 und 13 EWG sind im vorstehenden Zusammenhang nicht problematisch. Die in ihnen enthaltenen Ermächtigungen sind derart bestimmt, daß vorausgesehen werden kann, wann und mit welcher Tendenz die Energieaufsichtsbehörden von ihnen Gebrauch machen werden.

Den Erfordernissen der Rechtssicherheit genügen jedoch auch die §§ 7 und 12 EWG, die im Verlaufe der bisherigen Untersuchung bereits eingehend erörtert worden sind. Unter Berücksichtigung der hierbei gefundenen Ergebnisse und insbesondere der Erkenntnis, daß die Verwaltung die ihr durch diese Normen erteilten Befugnisse nur zur Erfüllung des Gesetzeszweckes ausüben darf, erweisen sich die auf der Grundlage der §§ 7 und 12 EWG möglichen Maßnahmen als in gewissem Umfang von den EVU voraussehbar und meßbar. Das Prinzip der Rechtssicherheit erfordert nicht, daß im einzelnen genau erkennbar ist, wie sich im Ergebnis eine Verwaltungsvorschrift oder -anordnung darstellen wird. Es genügt, wenn in etwa Richtung und Umfang des Eingriffs ersichtlich sind.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß auch aus dem Prinzip der Rechtssicherheit gegen die Bestimmungen des EWG keine Bedenken hergeleitet werden können.

---

[110]) Vgl. oben S. 14
[111]) E-R I 150a, § 5 Anm. 3a
[112]) Radtke S. 94
[113]) BVerfG E 8, 327
[114]) Vgl. auch OVG Münster AS 13, 326

Kapitel 3

Allgemeine verfassungsrechtliche Fragen zum Energiewirtschaftsrecht

Das EWG enthält eine Vielzahl staatlicher Macht- und Eingriffsbefugnisse. Dem Reichswirtschaftsminister und dem Generalinspektor für Wasser und Energie bzw. der nunmehr nach Art. 129 Abs. 1 GG sachlich zuständigen Stelle wird ein umfassendes Aufsichtsrecht über die gesamte Energiewirtschaft und ein Interventionsrecht in das Betriebsgebaren der einzelnen EVU eingeräumt. Vermöge dieser Rechte ist es den Energieaufsichtsbehörden gestattet, in die Sphären beruflicher Betätigung und des Eigentums einzugreifen und damit wirtschaftslenkende Maßnahmen zu treffen. Gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit derartiger Eingriffsmöglichkeiten bestehen zwar im allgemeinen keine Bedenken[1]). Das Grundgesetz selbst sieht eine Befugnis zu dirigistischer Gesetzgebung in Art. 74 Nr. 11 GG vor. Jedoch können auf diese Weise einzelne Grundrechtsnormen, hier die allein zu untersuchenden Art. 12 und 14 GG, verletzt werden.

Abschnitt A:

Juristische Personen als Nutznießer der Grundrechte

Es fragt sich, ob Art. 12 und 14 GG auch im Bereich der Energiewirtschaft Geltung haben können. Die einzigen nämlich, die sich auf deren Verletzung durch die Aufsichtsbehörden berufen könnten, wären EVU oder solche Unternehmen, welche die Versorgung anderer mit Elektrizität und Gas aufzunehmen beabsichtigen und gemäß § 5 Abs. 1 EWG um Zulassung zu dieser Tätigkeit nachsuchen.

Die EVU werden in der Mehrzahl als kommunale Eigenbetriebe und damit von der öffentlichen Hand oder aber als juristische Personen in der Rechtsform einer AG oder GmbH, deren Kapital sich in überwiegendem Maße in staatlichem Besitz befindet, geführt[2]). Nach einer insbesondere von Friesenhahn[3]), Forsthoff[4]) und Huber[5]) vertretenen Auffassung sollen sie sogar u. a. als Träger der Daseinsvorsorge oder als beliehene Unternehmer öffentliche Verwaltung ausüben, wobei es gleichgültig sein soll, ob es sich um private oder von öffentlich-rechtlichen Institutionen kontrollierte Betriebe handelt. Ob unter derartigen Umständen überhaupt ein Grundrechtsschutz besteht, muß als höchst zweifelhaft erscheinen.

---

[1]) Hamann, WVerfR, S. 173; auch BVerfG E 4, 7 ff. (13)
[2]) Vgl. die Aufstellung bei van Aubel in HdBKommWissuPr III, 889 ff.; auch Radtke S. 77 Anm. 4
[3]) EltW 1957, 12 ff.
[4]) Lehrbuch S. 322
[5]) I S. 535

I Die Geltung der Eigentumsgarantie

Gemäß Art. 19 Abs. 3 GG gelten Grundrechte auch für juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach[6]) auf diese anwendbar sind. Hieraus folgt zunächst zwingend der Ausschluß solcher Grundrechte, die ihrer Anlage nach nur einer natürlichen Person eignen und nur sinnvoll auf eine Einzelperson[7]) bezogen werden können, nicht jedoch auf ein rechtlich verselbständigtes Gebilde. Hinsichtlich der hier in Betracht kommenden Vorschriften besteht in Rechtsprechung und Schrifttum[8]) insoweit Übereinstimmung, als die Anwendbarkeit der Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG auch auf juristische Personen bejaht wird. Umstritten ist jedoch, ob sich diese ebenfalls auf den Schutz des Art. 12 GG berufen können.

II Die Anwendbarkeit des Grundrechts der Freiheit des Berufs

Maunz hat ohne nähere Begründung[9]) und anscheinend im Anschluß an die Darlegungen des VerwGH Bebenhausen[10]) die Möglichkeit einer Anwendung des Art. 12 GG auf juristische Personen verneint. Nach der Auffassung des VGH sollen juristische Personen dieses Grundrecht schon deshalb nicht in Anspruch nehmen können, weil sie einen Beruf nicht ausüben. Eine derartige Begründung vermag nicht zu überzeugen. Sie stellt allein auf den Wortlaut, nicht jedoch auf den Sinn und Zweck der Art. 12, 19 Abs. 3 GG ab. Der Wortlaut des Art. 12 GG wird eine derartige Auslegung u. U. noch rechtfertigen können, sein Sinn und Gehalt jedoch nicht mehr. Der Entschluß, einen Beruf, d. h. „eine auf die Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende, Erwerbszwecken dienende Tätigkeit“[11]) zu ergreifen, kann nicht nur individuell, sondern auch korporativ in der Gemeinschaft betätigt werden[12]). Die Verweigerung grundrechtlichen Schutzes für einen derartigen, von einer Gemeinschaft zum Ausdruck gebrachten Willen und dessen Durchsetzung würde im Ergebnis die hinter der Gemeinschaft, der juristischen Person, stehenden Einzelpersonen treffen, für die Art. 12 GG schon seinem Wortlaut nach Geltung besitzt. Deshalb ist „die Ausdehnung des Grundrechts der Freiheit der Berufswahl auf juristische Personen dem Wesen dieses Grundrechts nicht fremd, so daß es nach Art. 19 Abs. 3 GG auch für inländische juristische Personen gilt“[13]). Damit steht im Prinzip fest, daß mindestens die in Privathand befindlichen EVU und diejenigen, die in hohem Maße mit Kapital von Privatpersonen ausgestattet sind, sich auf den Schutz des Art. 12 und 14 GG berufen können. Auf die weitere Frage, ob gleiches auch für die als kommunale Eigenbetriebe geführten EVU sowie für diejenigen, die zwar in der Rechtsform einer juristischen Person

---

[6]) Dazu Geiger, § 90 Anm. 1, S. 276; Bachof, Freiheit des Berufs, S. 178 sub 4
[7]) Vgl. dazu Dürig in M-D, Art. 19 Abs. 3, Rd. Nr. 51; Ehrensberger DÖV 1956, 132
[8]) Werner Weber, Eigentum und Enteignung, S. 361; auch v. M-K, Art. 19 Anm. VI 3b
[9]) Lehrbuch S. 87
[10]) DÖV 1955, 733 f.; auch Eyermann-Fröhler, Einleitung 4 II 1, S. 31
[11]) BVerwG DÖV 1956, 732 f.
[12]) Dazu auch Dürig in M-D, Art. 19 Abs. 3 Rd. Nr. 2; v. M-K, Art. 19 Anm. VI; Bachof, aaO, S. 179; Serick, S. 170 ff. (172)
[13]) BVerwG DÖV 1956, 732; BVerwG NJW 1959, 592 (593); DÖV 1959, 61 ff. (62); a. A. Carl Schmitt HdBStR II 591

organisiert sind, jedoch von öffentlich-rechtlichen Institutionen kontrolliert werden, gilt, braucht daher in diesem Zusammenhang nicht weiter eingegangen zu werden[14]).

Abschnitt B:

Rechtsnatur der Energieversorgung

Das hier zu erörternde Problem ist mit der Bejahung der grundsätzlichen Frage aus Art. 19 Abs. 3 GG aber noch nicht abschließend geklärt. Wenn nämlich auch die in Privathand befindlichen EVU öffentliche Verwaltung betreiben, sie sogar Verwaltungsaufgaben im engeren Sinn erfüllen, wie u. a. Forsthoff meint, wäre für sie ein Grundrechtsschutz nicht gegeben. Denn „die Grundrechte sind in erster Linie Sicherungen des Individuums gegenüber der Staatsgewalt[15]), nicht dagegen Sicherungen des Staates und seiner öffentlichen Körperschaften für bestimmte Rechte"[16]).

Auch kann — vielleicht von der Wahrnehmung rein fiskalischer Handlungen abgesehen, die in diesem Zusammenhang nicht zu untersuchen sind — der „Staat als oberste Herrschaftsorganisation eines Volkes" nicht sowohl Adressat als auch Berechtigter eines Grundrechts sein[17]), wenn er Verwaltungsfunktionen ausübt[18]). Staat in diesem Sinne ist aber auch der beliehene Unternehmer, dem als Rechtssubjekt des Privatrechts „im Zusammenhang mit seiner unternehmerischen Wirtschaftstätigkeit bestimmte Aufgaben und Befugnisse der öffentlichen Verwaltung im Wege der Delegation zugewiesen sind"[19]).

Es bedarf daher einer Prüfung, ob die EVU öffentliche Verwaltung betreiben.

I Daseinsvorsorge als öffentlich-rechtliche Tätigkeit

Wie aufgezeigt, entwickelte sich die Energiewirtschaft zunächst auf rein privatrechtlicher Grundlage[20]). Die Auffassung, sie sei öffentlich-rechtlicher Natur, konnte erst entstehen, als die Kommunen erheblichen Einfluß auf die EVU, vornehmlich unter Ausnutzung ihres Wegerechts, gewannen und selbst dazu übergingen, die Versorgung ihres Gebietes durch Errichtung von Regiebetrieben oder durch finanzielle Beteiligung am Betrieb eines überörtlichen EVU, das meist privatrechtlich organisiert war, zu übernehmen.

---

[14]) Zu diesem Problem vgl. insbes. BVerwG NJW 1959, 590 (591); Becker, DÖV 1956, 423; Bettermann, Anm. zu BGH JZ 1958, 162 ff. unter II 2, S. 164; Hüttl, DÖV 1956, 483 ff.; v. M-K, Art. 19 Anm. VI 2, 3, S. 566 ff.; Masson DVBl 1952, 302; Wernicke in B-K, Art. 19 Anm. II 3a. Die vorstehend genannten Autoren halten die Grundrechte auch für anwendbar auf juristische Personen des öffentlichen Rechts. A. A. Bachof, aaO S. 180 f.; Dürig in M-D, Art. 19 Abs. 3 Rd. Nr. 43; Forsthoff, Öffentliche Körperschaft, S. 107 f.; Fuß, DVBl 1958, 740; Hamann, Art. 19 Anm. B 9; derselbe, WVerfR, S. 73; derselbe, NJW 1957, 1424 Anm. 23; passim Hesse, AöR 77, 219; Maunz, Lehrbuch 87 f.; Nipperdey, BB 1951, 594; BGHZ 19, 130 ff. (138)

[15]) Vgl. auch BVerfG E 7, 198 (204)

[16]) Nipperdey aaO.

[17]) Forsthoff, Öffentliche Körperschaft, S. 107 f.

[18]) Dürig in M-D, Art. 19 Abs. 3 Rd. Nr. 43

[19]) Huber I S. 533

[20]) Vgl. den Bericht ohne Verfassungsangabe in EltW 1957, 70 mit den Beiträgen von Gieseke, Henke und Ruzek.

Wenn die Energieversorgung sich gleichwohl als Aufgabe der Verwaltung der heutigen Zeit erweisen sollte, so hätte eine Umwandlung äußerer Gegebenheiten, nämlich der Tatsache, daß heute die Energieversorgung wirtschaftlich weitgehend von der öffentlichen Hand kontrolliert wird, auch einen Wandel der Rechtsanschauungen zur Folge gehabt, mehr sogar, die Wandlung eines ehemals im Kern privatrechtlichen Gebildes zu einem seinem Wesen nach öffentlich-rechtlichen vollbracht. Dieses Ergebnis zu rechtfertigen, hat Forsthoff in seiner Schrift: „Die Verwaltung als Leistungsträger“[21]) unternommen, in der er die Änderungen der Struktur der Verwaltung seit dem letzten Jahrhundert untersuchte.

1. Daseinsvorsorge als soziologischer Begriff

Forsthoff führt aus:[22]) „Man braucht sich nur die Gegebenheiten einer städtischen Lebensweise zu vergegenwärtigen, um den hohen Grad der Vorsorgebedürftigkeit des heutigen Stadtmenschen zu erkennen. Sie geht weit über das hinaus, was die sogen. Versorgungsbetriebe leisten. Hierhin ist nicht nur die Versorgung mit Wasser, Gas und Elektrizität zu rechnen, ... Die ... angedeutete Abfolge von der individuellen über die kollektive zur politischen Daseinsverantwortung ist eine Erscheinung, welche nicht nur den Staat und seine Funktionen, sondern auch die ehedem freie Wirtschaft ... ergriffen hat ... Heute jedenfalls muß eine umfassende politische Daseinsvorsorge ... über den Aufgabenbereich der überkommenen staatlichen Funktionen weit hinausgreifen und sich auch auf das Wirtschaftsleben erstrecken.“

Die These von der öffentlich-rechtlichen Natur der vom Staat zu gewährenden Daseinsvorsorge hat Forsthoff in seinem Lehrbuch dahin konkretisiert, daß „alles, was von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuß nützlicher Leistungen zu versetzen, Daseinsvorsorge ist“[23]). Diese Feststellung sei „auch der Umkehrung fähig: alle öffentliche Daseinsvorsorge in diesem Sinn ist öffentliche Verwaltung, gleichgültig, in welchen Formen sie ausgeübt wird.“

Forsthoff beschränkt den Begriff der öffentlichen Daseinsvorsorge auf die Verwaltung. Die gleiche Tätigkeit, die Verwaltung sein soll, wenn sie von Trägern von Verwaltungsfunktionen vorgenommen wird, soll nach Forsthoff dann privatrechtliche Tätigkeit sein, wenn sie von selbständigen Rechtssubjektiven[24]) des Privatrechts wahrgenommen wird, es sei denn, was seiner Meinung nach auf die EVU zutrifft, sie seien für die Verwaltung in Pflicht genommen[25]). Der Begriff

---

[21]) Hier zitiert nach der Abhandlung „Rechtsfragen der leistenden Verwaltung“, welche das 1. u. 4. Kapitel der Schrift „Verwaltung als Leistungsträger“ nahezu unverändert übernommen hat.
[22]) AaO S. 27 ff.
[23]) Lehrbuch S. 322; auch Koellreutter, Grundfragen S. 17
[24]) Lehrbuch S. 359; wohl auch Löw DÖV 1957, 880
[25]) Lehrbuch S. 324; vgl. auch Bayer VGH, DÖV 1958, 216 ff. (217), nach dessen Ansicht die Unterhaltung der Versorgungsbetriebe „zu den Verwaltungsaufgaben im engeren Sinn“ zählt, „die durch das Moment der Notwendigkeit ausgezeichnet sind“; so wohl auch Friesenhahn, aaO S. 14; s. dazu auch List, VerwR techn. Betriebe, S. 44. List rechnet die öff. Betriebe weder zur Verwaltung noch zum privaten Recht, sondern zu einem eigenen Recht der Technik, das besonderen Regeln folgt. Ähnlich neuerdings Huber, Selbstverwaltung, der das Selbstverwaltungsrecht der Wirtschaft als einen eigenen, zwischen öff. u. priv. Recht liegenden Rechtsbereich ansieht (S. 9).

„Daseinsvorsorge" soll also „inhaltliche Beschreibung und Benennung der neuen, die überkommene Formtypik sprengenden Verwaltungsfunktionen", nämlich der für die Allgemeinheit nützlichen und notwendigen Tätigkeiten und Leistung bedeuten[26]). Ohne Zweifel fällt unter den so verstandenen Begriff der Daseinsvorsorge auch die Versorgung anderer mit Gas und Elektrizität. Man wird diese zu den elementarsten Lebensvoraussetzungen unseres technisierten Zeitalters rechnen müssen, auf deren Zurverfügungstellung überhaupt der einzelne wie die Allgemeinheit notwendig gleichermaßen angewiesen sind. Es erscheint nur fraglich, ob man Gewährungen der Daseinsvorsorge schon deshalb rechtlich gleich behandeln kann, weil sie gleichen Zwecken dienen.

Notwendige, für die Allgemeinheit unentbehrliche Leistungen, erbringen eine Vielzahl von Gewerbetreibenden. Der Bewohner einer Großstadt ist genauso dringend auf Lieferungen des Nahrungsmittelhandels, die Bevölkerung überhaupt auf die Tätigkeit der Landwirtschaft, der Bauwirtschaft u. a. m. angewiesen wie auf die Versorgung mit Gas und Elektrizität. Die vorstehend beispielhaft aufgezählten Leistungen werden zwar durchweg von der privaten Hand dargeboten. Es erscheint aber, von den Vorschriften der GemO einmal abgesehen, möglich, daß sie von einer Einrichtung der öffentlichen Hand zur Verfügung gestellt werden, z. B. die Brotversorgung von einem gemeindeeigenen Bäckerladen. Soll dann die Tätigkeit des Bäckerladens plötzlich als öffentliche Daseinsvorsorge ein öffentlich-rechtliches Kleid erhalten, nur weil sie von einer Gemeinde ausgeübt wird? Wenn man als gemeinsamen Inhalt aller Erscheinungsformen der Daseinsvorsorge das Element des Notwendigen ansieht, dann rechtfertigt zwar diese Gemeinsamkeit die Bildung eines einheitlichen Begriffes, der dann aber, worüber man sich im klaren sein muß, nicht unbedingt eine rechtliche Funktion hat. So wie das Merkmal des Notwendigen noch nichts über die Rechtsnatur einer Leistung aussagt, kann auch ein dieses Merkmal bezeichnender Begriff noch nichts über die Rechtsnatur der mit ihm belegten Tätigkeiten ausdrücken. „Daseinsvorsorge" ist daher auch nicht a priori als Rechtsbegriff aufzufassen, sondern zunächst nur im soziologischen Sinne zu verstehen.

2. Folgerungen

Wenn nun nach der eigenen Auffassung Forsthoffs „Daseinsvorsorge" nur „Benennung und inhaltliche Bezeichnung" sein soll, dann kann diesem Begriff auch nicht mehr als ein beschreibender Sinn zukommen. Er stellt sich vielmehr nur dar als anschauliche Sammelbezeichnung der bisher weithin unsichtbaren, undefinierbaren und unkontrollierbaren Tätigkeiten der öffentlichen Hand[27]), die alle auf den gleichen Zweck ausgerichtet sind. Er ist also ausschließlich sachbezogen und

[26]) Neuerdings hat Forsthoff den Begriff der Daseinsvorsorge erneut charakterisiert (S. 9 ff.): Daseinsvorsorge bedeute nicht, diejenigen Funktionen des Staates, auf die dieser Begriff zutreffe, in toto in den Bereich des öff. Rechts zu verweisen. Sein juristischer Sinn sei vielmehr, das ihm innewohnende öffentlich-rechtliche Element herauszukristallisieren. Der Begriff als solcher sei ausschließlich sachbezogen und nicht formal bestimmbar. Deshalb entziehe er sich der Systematik und könne auch nicht „unter irgendwelchen quantitativen oder qualitativen Gesichtspunkten" begrenzt werden. Dazu vgl. Fischerhof, DÖV 1960, 41 ff.

[27]) Huber, I S. 53

findet daher seine Begrenzung in der Umschreibung einer faktischen Situation. Bei der Einteilung des Verwaltungshandelns nach seiner Rechtsform ist er jedoch nicht brauchbar[28]).

Forsthoff legt nun trotz seiner oben wiedergegebenen Ansicht dem Begriff der Daseinsvorsorge einen juristischen Sinn unter[29]), dem durchaus normativer Charakter zukommmen soll, da er aus ihm Rechtsfolgen ableitet. Forsthoff gibt jedoch hierfür keine Begründung. Diese wird sich nach dem eben Dargelegten aber auch nicht führen lassen. Wurde der Begriff „Daseinsvorsorge" geprägt, um verschiedene Erscheinungsformen des Verwaltungshandelns zusammenfassend schlagwortartig zu kennzeichnen und sie als durch ein bestimmtes tatsächliches Element verbunden hinzustellen, so mag er für unser Rechtsleben ein „politisches Leitziel"[31]), das auch die Landesverfassungen und das Bonner Grundgesetz aufrichten", eine politische oder auch „wissenschaftliche Idee"[32]) sein. Eine Idee aber, sei sie auch noch so überzeugend und werde sie auch noch so erfolgreich verfochten, vermag jedoch nicht aus sich heraus Rechtsfolgen zu zeitigen. Eine Idee ist keine Norm. Nur aus einer Norm lassen sich rechtliche Konsequenzen ziehen.

Ist nach alledem der Begriff der Daseinsvorsorge kein normativer, so kann aus ihm auch nicht die öffentlich-rechtliche Natur der mit ihm belegten Tätigkeiten gefolgert werden. „Um die rechtliche Natur der mit der Bezeichnung Daseinsvorsorge belegten Unternehmen zu würdigen, bedarf es der Überprüfung des einzelnen, in Rede stehenden Unternehmens"[33]).

II Das EWG als Beweis für den öffentlich-rechtlichen Charakter der Energieversorgung

1. Die Thesen Friesenhahns, Gieses und Lönings

Friesenhahn[34]) vertritt die Auffassung, die öffentlich-rechtliche Natur der Energieversorgung ergebe sich aus dem EWG selbst. Er beruft sich dabei auf die tragenden Grundsätze des Gesetzes und stützt seine These u. a. auf die Fassung des § 2 Abs. 2 Satz 1[35]). „Wenn also das Energiewirtschaftsgesetz den Rechtsbegriff der ‚öffentlichen Energieversorgung' geprägt hat, so ist damit zutreffend zum Ausdruck gebracht, daß bei uns die Energieversorgung nicht private Wirtschaft ist wie irgendein Zweig der gewerblichen Wirtschaft, sondern daß sie in den Raum des öffentlichen Rechts hereinragt."

Der gleichen Ansicht folgen Giese[36] und Löning[37]): Giese schaltet die Begriffe öffentlich und öffentlich-rechtlich gleich und kommt daher zu der Auffassung, daß die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ihrem Inhalt nach öffentlich-rechtlicher

[28]) Von Gamm, NJW 1957, 1055; Peters, Anm. zu OVG Hamburg DÖV 1957, 118 ff. (120)
[29]) Rechtsfragen, S. 10
[30]) AaO S. 11 f.; ebenfalls BayerVGH DÖV 1958, 217
[31]) Fischerhof, DÖV 1957, 313
[32]) Maunz, VerwArch 50, 319
[33]) Maunz aaO
[34]) EltW 1957, 14; ähnlich Gerth DÖV 1961, 51
[35]) Vgl. dazu auch Brügelmann-Ludwig in HdBKommWissuPr III, 682
[36]) RVBl 1938, 846
[37]) ZAkDR 1942, 290; dazu auch Wieacker, ZAkDR 1943, 33 f.

Natur ist[38]). Löning sieht die Tätigkeit der Versorgungsbetriebe als eine echte öffentliche Funktion an[39]) und rechnet sie deshalb zum Bereich des öffentlichen Rechts, und zwar auch dann, wenn die Unternehmen privatrechtlich organisiert sind. Es sei nämlich ein „Beharren in hergebrachten, aber überholten Denkformen"[40]), wenn etwaige zivilrechtliche Bestandteile des EWG dazu zwingen würden, die Energiewirtschaft als dem Privatrecht zugehörig zu betrachten.

Diesen Ausführungen ist aus ähnlichen Gründen, die zur Verneinung des Rechtscharakters des Begriffes Daseinsvorsorge geführt haben, nicht zu folgen. Aus der Tatsache, daß öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden, ergibt sich noch nicht, daß diese Tätigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur sind. Sie können es sein, brauchen es aber nicht. Eine Berufung auf öffentliche Funktionen rechtfertigt noch nicht eine Zuordnung von Aufgaben zum Gebiete des öffentlichen Rechts. Öffentlich will seinem Wortsinne nach nichts weiter besagen als „für die Öffentlichkeit bestimmt", was gleichbedeutend ist mit „für die Allgemeinheit bestimmt"[41]), allgemein-zugänglich. So kann aus der Bezeichnung öffentliche Energieversorgung zunächst auch nur hergeleitet werden, daß es sich um eine Energieversorgung für jedermann handelt.

Soll aus diesem Begriff eine Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht hergeleitet werden, so bedarf es eines weiteren, in diese Richtung weisenden Zusatzes. Zutreffend hat Siebert ausgesprochen, daß öffentlich keinesfalls gleichbedeutend mit öffentlich-rechtlich ist[42]): „Die Vorstellung, es müsse die Scheidung in öffentliches und privates Recht mit der Scheidung in öffentliche und private Sphäre parallel gehen, ist überholt."

2. Die Bedeutung der §§ 4, 5, 8 und 12 EWG

Der öffentlich-rechtliche Charakter des EWG läßt sich auch nicht unter Berufung auf andere Vorschriften des Gesetzes begründen, wie Friesenhahn es tut, der u. a. im Hinblick auf die im § 8 EWG geregelte Untersagungsmöglichkeit aus dieser Bestimmung ableiten zu können glaubt, „daß Energieversorgungsunternehmen nicht ein Zweig der gewerblichen Wirtschaft sind wie jeder andere, sondern daß sie in einer spezifischen Nähe zur Hoheitsverwaltung stehen, eben für eine öffentliche Aufgabe in Pflicht genommen sind"[43]). Um die Stichhaltigkeit dieser These zu prüfen, ist es notwendig, den gesetzgeberischen Zweck der §§ 4, 5, 8 und 12 zu erörtern.

§ 4 Abs. 1 EWG legt den EVU die Verpflichtung auf, den Energieaufsichtsbehörden Vorhaben anzuzeigen, die den Bau, die Erneuerung, Erweiterung oder Stilllegung von Energieanlagen betreffen, und verleiht den Energieaufsichtsbehörden

[38]) Vgl. Kaiser, RVBl 1938, 809
[39]) S. 289
[40]) S. 290
[41]) Vgl. dazu Schelberger EltW 1957, 29, der darlegt, es heiße mit Recht im § 2 EWG öff. Energievers., da diese „eine wichtige Voraussetzung für das gesamte wirtschaftliche u. . . . soziale Leben ist"; auch Göller, S. 5; Huber, Selbstverwaltung, S. 43; Ruzek, EltW 1957, 25
[42]) Privatrecht, S. 219; dazu auch Ruzek, EltW 1957, 23 ff. u. 70; D-M-R, § 2 Anm. 8 die darlegen, daß der Begriff öff. Energievers. eine Abgrenzung zu dem der Eigenversorgung sein sollte.
[43]) EltW 1957, 14; dazu auch Huber I, 66

die Befugnis, derartige Pläne zu beanstanden und ihre Durchführung gegebenenfalls zu untersagen. Sinn der Anzeigepflicht ist es, der Verwaltung jederzeit Kenntnis von einer geplanten Veränderung der Einrichtung eines EVU zu geben. Dem Recht der Behörden, sich über alle in § 4 Abs. 1 EWG genannten Vorgänge zu unterrichten, entspricht das Recht, evtl. auch die Verwirklichung nicht erwünschter Vorhaben zu verbieten.

Das Untersagungsrecht nach § 4 Abs. 2 EWG wurde entsprechend einem Wunsch der Energiewirtschaft aus dem Jahre 1934 eingeführt[44]), deren Interessen denen der Allgemeinheit des öfteren entgegenstanden, da die Rivalität der Gas- und Elektrizitätsversorgung oder das Gewinnstreben der EVU, „das gegen eine Versorgung verbrauchsschwacher Gebiete gerichtet war daß das eigene Versorgungsgebiet auf Kosten anderer EVU auszuweiten trachtete“[45]), eine gleichmäßige Belieferung der Bevölkerung zu gefährden drohte. Die jeder Verbundwirtschaft abgeneigten Kommunen unterstützen auch vorhandene, teilweise unrentable örtliche Unternehmen, was sich naturgemäß negativ auf die Energiepreise auswirkte. Um nun z. B. volkswirtschaftlich unerwünschte Fehlinvestitionen in leistungsunfähige Betriebe zu vermeiden[46]), Tarife und Preise einheitlich zu gestalten und eine umfassende, im Rahmen des Möglichen liegende Energieversorgung zu gewährleisten, wurden die Eingriffsmöglichkeiten nach § 4 EWG geschaffen. Diese sog. Investitionskontrolle soll also vornehmlich volkswirtschaftlichen und für die Allgemeinheit bedeutsamen energiewirtschaftlichen Zwecken dienen und hat mit einer Inpflichtnahme für Verwaltungsaufgaben nichts zu tun.

§ 5 Abs. 1 EWG macht die Aufnahme der Versorgung anderer mit Energie durch Betriebe, die nicht EVU sind, von einer Genehmigung abhängig. In seinem gesamten Aufbau und seiner Stellung im Gesetz ist er als Ergänzung zu § 4 EWG gedacht[47]). Ohne ihn wäre die Investitionskontrolle nur lückenhaft durchzuführen. So könnte z. B., wäre § 5 Abs. 1 EWG nicht vorhanden, ein Unternehmen, welches nicht EVU ist und das demgemäß den Beschränkungen des § 4 EWG nicht unterliegt, eine Versorgungsanlage unbeaufsichtigt errichten und nach Fertigstellung zur Belieferung anderer wie ein EVU übergehen. Ein solcher Betrieb unterläge bei einer späteren Erweiterung zwar den Eingriffsbefugnissen nach § 4 EWG, aber die Investition, die u. U. gemäß dieser Vorschrift hätte verhindert werden müssen, wäre vorerst geschehen und nicht mehr rückgängig zu machen. Um derartiges zu vermeiden, war neben § 4 EWG eine ergänzende Vorschrift erforderlich. So sehen Darge-Melchinger-Rumpf den Zweck des § 5 Abs. 1 EWG auch folgerichtig darin, unter Aufrechterhaltung der Gewerbefreiheit und des wertschaffenden Wettbewerbs dann, wenn „es für eine planvolle Lenkung der Energiewirtschaft erforderlich ist“, Handhaben für die Regierung zu schaffen, „so insbesondere in der Kontrolle über die Anlagen (§ 4) und in der Unterstellung der Aufnahme der Energieversorgung anderer unter eine Genehmigung des RWM“[48]). Durch § 5 Abs. 1 EWG werden also die EVU ebensowenig wie durch § 4 EWG in eine spezifische Nähe zur Hoheitsverwaltung gerückt[49]).

[44]) Vgl. Schelberger, Gieseke Festschr., 388
[45]) Schelberger aaO, S. 389
[46]) Huber I, S. 580; E-R § 4 Anm. 4, S. I 123; ebenso die amtliche Begründung, welche allerdings als authentische Interpretation nicht mehr herangezogen werden darf.
[47]) Dazu Stern, AöR 84, 177; v. Turegg, NJW 1954, 861 ff.
[48]) D-M-R § 5 Anm. 2; auch E-R § 5 Anm. 2; Maunz VerwArch 50, 331 f.; Fischerhof DÖV 1957, 311
[49]) AA Friesenhahn aaO S. 14

§ 8 Abs. 1 EWG, der als Kernstück der Energieaufsicht bezeichnet wird[50]), setzt die in den §§ 4 und 5 des Gesetzes aufgezeigte Linie fort. Die Untersagungsmöglichkeit nach § 4 EWG wäre unvollständig, wenn nicht der Staat einem versorgungsmäßig untragbaren und die Energiepreise gefährdenden Unternehmen die Ausübung seiner Tätigkeit verbieten und nicht einen anderen, leistungsfähigeren Betrieb beauftragen könnte. § 8 Abs. 1 EWG stellt „den stärksten Eingriff, die wirtschaftliche Todesstrafe"[51]) dar, die letzte Konsequenz der Untersagungsbefugnis aus § 4 EWG. Ähnliches ist im übrigen aus den §§ 35, 53 und 59 GewO hinreichend bekannt, nach denen für die Allgemeinheit untragbare Unternehmen beseitigt werden können. Hinsichtlich dieser Bestimmungen ist aber bisher niemals die Auffassung vertreten worden, die ihnen unterliegenden Betriebe übten eine öffentlich rechtliche Tätigkeit aus.

§ 12 EWG ist für die vorliegende Untersuchung wenig fruchtbar, da es sich lediglich um eine preisrechtliche Bestimmung handelt. Die Berechtigung der Aufsichtsbehörden zum Erlaß von Vorschriften ergibt sich aus der Befugnis zur Lenkung der Energiewirtschaft.

Vermögen also die einzelnen Normen des EWG unmittelbar die Ansicht Friesenhahns nicht zu rechtfertigen, so mögen sie doch mittelbar dessen Auffassung stützen können. Die Frage lautet dann dahin, ob eine privatrechtliche Tätigkeit ihrem Charakter nach zu einer öffentlich-rechtlichen wird, sofern sie hoheitlicher Intervention unterstellt wird.

3. Inpflichtnahme der EVU für Verwaltungsaufgaben durch § 8 EWG

Wenn § 8 EWG es u. a. zuläßt, ein EVU mit der Wahrnehmung der Aufgaben eines stillgelegten Unternehmens zu verpflichten, so könnte gefolgert werden, daß hiermit öffentlich-rechtliche Befugnis übertragen und die Beziehungen des in Anspruch genommenen EVU zu seinen Abnehmern öffentlich-rechtlich gestaltet werden.

Das Zustandekommen des Auftrages nach § 8 EWG ist nicht, wie im bürgerlichen Recht gemäß §§ 662 ff. BGB, von einer Willenserklärung des Beauftragten abhängig[52]). Der Ausgestaltung dieser Bestimmung nach handelt es sich um eine Zwangsmaßnahme, welcher der Verpflichtete sich zu entziehen nicht in der Lage ist. Diese ist hoheitlicher Art und ihrer Rechtsnatur nach ein Verwaltungsakt[53]), weil durch sie wirtschaftliche Verhältnisse kraft staatlicher Interventionsmacht gestaltet werden. Nur kraft dieses öffentlich-rechtlichen Befehls tritt das beauftragte EVU in die Rechte und Pflichten aus den vorhandenen Energieversorgungsverträgen ein. Aus der Fassung des § 8 Abs. 2 EWG wiederum läßt sich folgern, daß das beauftragte EVU als neuer Lieferungsschuldner unter Aufrechterhaltung der alten Verträge die nunmehrige Versorgung der Abnehmer übernimmt. Dann aber handelt es sich um einen Schuldnerwechsel kraft Staatshoheitsaktes, der im übrigen die bestehenden Rechtsbeziehungen unangetastet läßt. Die öffentlich-

[50]) Friesenhahn aaO S. 13
[51]) E-R § 8 Anm. 5, S. I 225
[52]) Dazu Ipsen, Kaufmann Festschr., S. 154
[53]) Stern, AöR 84, 178

rechtliche Einsetzung des beauftragten EVU führt nach alledem nicht zur öffentlich-rechtlichen Gestaltung der vertraglichen Bindungen zu den Verbrauchern[54]).

Aus § 8 EWG ist daher ersichtlich, daß staatlicher Interventionismus keine Inverwaltungnahme zur Folge hat[55]. Eine Aufsicht schafft, wie Werner Weber es ausdrückt, auch nur dann eine Annäherung der beaufsichtigten Tätigkeit an das öffentliche Recht, wenn dadurch eine Eingliederung in das System der mittelbaren Staatsverwaltung erfolgt[56]). Das eben trifft nach dem Zweck des EWG bei diesem nicht zu.

III Die Energieversorgung als Pflichtaufgabe der Gemeinden auf Grund von Art. 83 BayerVerf.

Friesenhahn beruft sich nun zu Eingang seines Referates auf Art. 83 BayerVerf.[57]), der nach seiner Ansicht die Energieversorgung als Verwaltungstätigkeit deklarieren soll. Um die Stichhaltigkeit dieses Argumentes zu prüfen, bedarf es einer Betrachtung der Bestimmungen des Gemeinderechtes, welche von der Gemeindeverwaltung und Gemeindewirtschaft handeln.

1. Die Energieversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit i. S. der Vorschriften der DGO

Die DGO kennt einen 5. Teil, der die Kommunalverwaltung zum Gegenstand hat, und einen 6. Teil, der überschrieben ist: Gemeindewirtschaft. Die hier vorgenommene Differenzierung haben sämtliche Gemeindeordnungen der Länder der Bundesrepublik als sachlich gerechtfertigt und praktisch brauchbar beibehalten. Wirtschaftliche Tätigkeit trägt nämlich stets das Moment der Eigennützigkeit in sich; sie ist ihrem Wesen nach auf Gewinnerzielung gerichtet. Jede Verwaltungstätigkeit hingegen ist, oder sollte es wenigstens sein, fremdnützig. Sie hat bestimmte Aufgaben zu erfüllen, für die ihr je nach Bedarf Mittel zur Verfügung gestellt werden. Wirtschaftliches, eigennütziges Gebaren ist der ursprünglichen Verwaltungstätigkeit fremd.

Daß die Versorgung anderer mit Energie wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, wird heute nicht mehr ernsthaft bestritten[58]). So sehen auch die Ausführungsanweisung zu § 67 DGO und die erste Ausführungsanweisung zur EigenbetriebsVO vom 22. März 1939 Energiewerke als wirtschaftliche Unternehmen an, gleichgültig, in welcher Weise diese organisiert sind, ob als Regie- oder Eigenbetrieb oder ob als juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts. Dem ist in vollem Umfang zuzustimmen. Es kann nämlich letztlich für die hier zu untersuchende Frage nicht darauf ankommen, in welcher Rechtsform die einzelnen EVU geführt werden. Maßgebend muß vielmehr sein, ob sie an einem Tätigkeitsbereich teilnehmen, „der üblicher- und herkömmlicherweise von der privaten, auf Gewinnerzielung

---

[54]) Dazu BayerVerfGH BayerVerwBl 1957, 254; Ipsen aaO S. 160; Stern aaO S. 180 f.
[55]) Zustimmend Schüle, VVDStRL 11, 90
[56]) Körperschaften S. 24
[57]) AaO S. 13
[58]) HessVGH DÖV 1961, 345 ff. (346); Fischerhof, DÖV 1957, 315 f.; Friesenhahn aaO S. 17; Maunz, VerwArch 50, 326; aA BayerVerfGH DÖV 1958, 216 ff., dazu auch Hüttl DÖV 1958, 198

abgestellten Wirtschaft wahrgenommen wird oder doch wahrgenommen werden könnte“[59]). Zu Recht hat daher Wieacker ausgeführt: „Wenn das Wort Verwaltung überhaupt noch einen begrenzenden Sinn haben soll, ist es auf die Tätigkeit der Energie- und Verkehrsbetriebe nicht anwendbar“[60]).

Sind Verwaltung und Wirtschaft dem Wesen nach verschieden[61]), so kann Energieversorgung grundsätzlich nicht Verwaltung sein. Deshalb gilt für sie auch nicht der 5., sondern der 6. Teil der DGO. Dessen zweiter Abschnitt stellt nun in seiner ersten Bestimmung (§ 67) die Voraussetzungen auf, unter denen eine Gemeinde überhaupt wirtschaftliche Unternehmen errichten darf. Er beschränkt ihre Freiheit auf diesem Gebiet in hohem Maße, indem er statuiert, daß eine Kommune nur kommerzielle Aufgaben wahrnehmen darf, wenn deren Zweck u. a. nicht besser von Dritten erfüllt werden kann. Eine ausschließliche Befugnis zur Wahrnehmung bestimmter Wirtschaftsaufgaben besteht daher nicht. Erst subsidiär[62]) oder zumindest gleichgeordnet darf die Gemeinde in Konkurrenz zur Privatwirtschaft treten. Anderes könnte nur gelten, wenn die Kommunen die Energieversorgung gemäß § 67 Abs. 2 DGO betreiben müßten, wie Friesenhahn auf Grund der Fassung des Art. 83 BayerVerf. zumindest für Bayern annimmt. Laut positiver Vorschrift ist nämlich die Durchführung von Pflichtaufgaben nicht als Wirtschaftstätigkeit anzusehen.

2. Die Bedeutung des Art. 83 BayerVerf.

Art. 83 Abs. 1 BayerVerf besagt seinem Wortlaut nach, daß die Gemeinden berechtigt sind, im eigenen Wirkungskreis bestimmte Aufgaben, u. a. die Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Licht und elektrischer Kraft, zu erfüllen. Er gibt zunächst eine beispielhafte („insbesondere“) Aufzählung. In Abs. 4 der Vorschrift wird herausgestellt, daß in den Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises den Staatsbehörden die Rechtsaufsicht, in denen des übertragenen Wirkungskreises die Fachaufsicht zusteht. Welche Aufgaben zum übertragenen Wirkungskreis rechnen, wird nicht angegeben. Betrachtet man den systematischen Aufbau des Art. 83 BayerVerf, so ist zu erkennen, daß dessen Abs. 1 und Abs. 4 in Beziehung zueinander stehen. Man könnte nämlich diese Bestimmung auch derart lesen, daß es heißt: Den Staatsbehörden steht gegenüber den Kommunen in den Angelegenheiten die Rechtsaufsicht zu, die deren eigenen Wirkungskreis betreffen, wozu insbesondere rechnen die — folgt die Aufzählung des Abs. 1 —, und in den Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises die Fachaufsicht. Folgt man dieser Auslegung, so muß man auch anerkennen, daß Art. 83 Abs. 1 BayerVerf nur die Selbstverwaltungsangelegenheiten von den Auftragsangelegenheiten abgrenzt[63]) und nicht mehr besagt.

Welche Aufgaben i. S. des Art. 83 Abs. 1 BayerVerf die Gemeinden wahrnehmen müssen, ergibt sich zunächst aus Art. 57 BayerGO. Diese Bestimmung verpflichtet die Kommunen, nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften die zur

---

[59]) Maunz, VerwArch 50, 326
[60]) ZAkDR 1943, 36
[61]) Dazu Köttgen, erwerbswirtschaftliche Betätigung, S. 16 und 23
[62]) Dazu Dürig JZ 1953, 198; Huber DÖV 1956, 205
[63]) Helmreich-Widtmann, Art. 57 Anm. 2 (S. 422)

Aufrechterhaltung öffentlicher, im einzelnen normierter Belange notwendigen Einrichtungen zu schaffen. Nach Maßgabe gesetzlicher Vorschriften bedeutet jedoch, daß zur Einführung einer Pflichtaufgabe neben Art. 57 BayerGO es weiterhin eines Gesetzes bedarf. Das folgt auch aus einem Vergleich mit § 67 Abs. 2 Ziff. 1 DGO. Ein Gesetz aber, das die Energieversorgung den Gemeinden zur Pflichtaufgabe macht, gibt es nicht. Es findet sich vor allem nicht in Art. 83 Bayer-Verf. Helmreich-Widtmann führen zu Recht aus: „Ferner enthält Art. 83 Abs. 1 Gegenstände, die unmöglich zu den Pflichtaufgaben jeder, auch der kleinsten Gemeinde gehören, wie die Versorgung der Bevölkerung mit Gas und elektrischer Kraft“[64]).

Aus dem Vorstehenden ist ersichtlich, daß weder aus dem Begriff Daseinsvorsorge noch aus dem EWG noch aus dem Kommunalrecht der öffentlich-rechtliche Charakter der Energieversorgung gefolgert werden kann. Demgemäß ist von der privatrechtlichen Natur der Energieversorgung auszugehen, so daß zumindest die im Besitz der Privathand befindlichen EVU für sich den Schutz der Grundrechte in Anspruch nehmen können.

Abschnitt C:

Das EWG und das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden

I Die Bedeutung des Art. 28 GG

Im Zusammenhang mit dem bisher Gesagten sei noch kurz erörtert, ob das EWG bzw. einzelne seiner Bestimmungen mit Art. 28 GG vereinbar sind.

Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu regeln. Er bestimmt weiter, daß die Kommunen ihre Entscheidungen in eigener Verantwortung zu treffen und durchzuführen haben, schränkt jedoch deren Handlungsfreiheit wiederum ein, indem er festlegt, daß der Grundsatz der Allzuständigkeit nur im Rahmen der Gesetze Geltung haben soll. Es ist anerkannt, daß Art. 28 GG kein Grundrecht gewährt, sondern eine institutionelle Garantie zum Gegenstand hat[65]). Daraus folgt, daß er für den Gesetzgeber „die verfassungsrechtlich bindende Verpflichtung“ begründet, „in jedem Falle einen Rechtszustand aufrechtzuerhalten, der die geschichtlich herangewachsene Selbstverwaltung in ihrem traditionellen Grundbestand“ bewahrt[66]). Aus dieser Äußerung Werner Webers ergibt sich weiter, wie auch inzwischen vom BVerfG wiederholt entschieden worden ist[67]), daß Art. 28 Abs. 2 GG nicht alle irgendwie mit dem Selbstverwaltungsrecht zusammenhängenden Materien den Kommunen zur Ausübung überlassen und garantieren, sondern nur dessen Kernbestand vor einer Antastung durch Bund und Länder bewahren soll.

---

[64]) AaO; auch Fischerhof, DÖV 1957, 315 f.; BayerVGH E (NF) 4 II, 251 ff., 276 ff.
[65]) So Maunz in M-D, Art. 28 Rd. Nr. 24 ff.; Werner Weber, Selbstverwaltung S. 55 ff.
[66]) Werner Weber aaO S. 35
[67]) BVerfG E 1, 167 ff. (178); 7, 358 ff. (365)

II Die Energieversorgung als Bestandteil des kommunalen Selbstverwaltungsrechtes

Es erscheint fraglich, ob die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden zu dem garantierten Wesenskern der Selbstverwaltung gehört. Radtke verneint die gestellte Frage unter Berufung auf die Gemeindeordnung der Länder[68]). Wenn diese nämlich in der Regel bestimmten, daß eine Gemeinde auf wirtschaftlichem Gebiet nur tätig werden dürfe, wenn nicht der Zweck zumindest ebenso gut und wirtschaftlich durch andere erfüllt werden kann, so sei daraus zu ersehen, daß derartige Angelegenheiten nicht in den geschützten Kern des Selbstverwaltungsrechtes einbezogen seien. Ob dieser Argumentation zu folgen ist, mag dahingestellt bleiben. Selbst wenn mit Köttgen[69]) anzunehmen ist, Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleiste die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Gemeinden, so erscheint doch problematisch, ob die Versorgung der Bevölkerung mit Energie noch zu den örtlichen Angelegenheiten zu rechnen ist.

Die tatsächlichen Verhältnisse haben sich im Vergleich zu der Zeit des Erlasses des EWG erheblich gewandelt. Wenn damals die Versorgung der Allgemeinheit mit Gas und Elektrizität vielleicht noch als ureigene Aufgabe der Kommunen betrachtet werden konnte, so ergeben sich doch heute gerade in dieser Hinsicht erhebliche Zweifel[70]). Es sei wiederum auf die Darstellung Werner Webers verwiesen, nach dessen Auffassung „die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Gas und Strom als von Verfassungs wegen festgelegter Gegenstand des öffentlichen Wirkungskreises problematisch" wird, „wenn man bedenkt, wie stark der Zwang zu großräumiger Verbundwirtschaft hier zu Einbrüchen führt"[71]). Aber auch diese Frage mag letztlich unbeantwortet bleiben. Selbst wenn auch heute noch die Energieversorgung in den Kreis der örtlichen Angelegenheiten der Gemeinden fällt, so ist doch die Betätigung auf diesem Gebiet nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet. Das EWG schränkt aber die Handlungsfreiheit der Gemeinden in bezug auf die Energieversorgung nicht einmal in der Weise ein, daß es die Aufnahme der Versorgung anderer von bestimmten kommunalrechtlichen Voraussetzungen abhängig macht, wie es durch die Gemeindeordnungen der Länder geschehen ist, sondern unterwirft lediglich die Betriebsführung und die Betriebsaufnahme im Interesse der Allgemeinheit einer Aufsicht. Die Kommunen werden hierdurch nicht mehr in ihrer Freiheit beeinträchtigt als jeder andere private Unternehmer. Durch Art. 28 GG werden den Gemeinden jedoch auf wirtschaftlichem Gebiet allein deswegen, weil sie Selbstverwaltungskörperschaften sind, keine größeren Rechte als jedem Bürger eingeräumt[72]), sie haben vielmehr die gleichen Beschränkungen wie diese hinzunehmen.

Nach alledem ist das EWG mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar.

---

[68]) AaO S. 77 ff.
[69]) Köttgen, wirtschaftliche Betätigung, S. 577 ff. (617 f.); Scheuner, VVDStRL 11, 37 f.; Werner Weber, Selbstverwaltung, S. 47 ff., 69; Zeiß, DÖV 1958, 202
[70]) Vgl. oben S. 42
[71]) Selbstverwaltung, S. 48 f.
[72]) Zeiß in HdBKommWissuPr III, S. 619; auch Radtke aaO S. 79

Kapitel 4

Das Energiewirtschaftsgesetz und die Freiheit des Berufes

Wie bereits in der vorhergehenden Untersuchung deutlich geworden, berührt nahezu jede Bestimmung des EWG in irgendeiner Weise das einzelne EVU. Betrachtet man das EWG unter dem Gesichtspunkt des Grundrechts der Freiheit des Berufes, so ist zu erkennen, daß insbesondere vier Normen die tatsächliche und rechtliche Lage der EVU in außerordentlich einschneidender Weise erfassen. Es handelt sich dabei um die §§ 3, 4 Abs. 2, 5 Abs. 1 und 8 Abs. 1 EWG.

Abschnitt A:

Die Verfassungsmäßigkeit der Kernbestimmungen des EWG

I Die Zulassung gemäß § 5 Abs. 1 EWG

§ 5 Abs. 1 EWG macht die Aufnahme der Versorgung anderer mit Energie durch Unternehmen, die nicht EVU sind, von einer Genehmigung durch die Energieaufsichtsbehörden abhängig. Er entfaltet also eine Sperrwirkung hinsichtlich des freien ungehinderten Zugangs zum Beruf eines EVU. Damit beeinträchtigt er offensichtlich das durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Rechtsgut. Hierin kann eine Grundgesetzwidrigkeit liegen.

Würde § 5 Abs. 1 EWG eine generelle Zulassungssperre verhängen, die nur in Ausnahmefällen durchbrochen werden könnte, so wäre er wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG nichtig. Er stellte sich alsdann als allgemeines Berufsverbot mit Dispensmöglichkeit dar, welches dem einzelnen Unternehmen jede Möglichkeit einer freien Betätigung nähme. Hierin läge eine Antastung des Wesensgehalts des Grundrechts der Freiheit des Berufes[1]). Ob § 5 Abs. 1 EWG aber in dieser Weise ausgelegt werden kann, erscheint schon nach dem bisher Ausgeführten und nach seiner Fassung höchst zweifelhaft. Denn das EWG tastet das Prinzip der unternehmerischen Freiheit und Verantwortung nicht an, sondern unterwirft nur die EVU und die Betriebe, die um Zulassung nachsuchen, einer staatlichen Kontrolle[2]). Es kann hier davon ausgegangen werden, daß das EWG und auch dessen § 5 Abs. 1 unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung der Freiheit lediglich in Einzelfällen Beschränkungen schafft.

§ 5 Abs. 1 EWG läßt seinem Wortlaut nach nicht erkennen, unter welchen Voraussetzungen eine Genehmigung versagt werden kann. Es wäre nun verfehlt anzunehmen, wie wohl aus den bisherigen Ausführungen deutlich geworden ist, daß jeder beliebige Grund eine Verweigerung der beantragten Erlaubnis rechtfertigen würde.

[1]) Vgl. Bachof, Freiheit des Berufs, S. 220 ff.; Uber, Freiheit des Berufs, S. 109
[2]) D-M-R § 5 Anm. 2, S. 126

Es müssen vielmehr für den Erlaß eines ablehnenden Bescheides besondere Umstände vorliegen. Welche von diesen im einzelnen in Betracht gezogen werden können und es nach dem Zweck des Gesetzes sollen, muß durch eine Auslegung unter Berücksichtigung des durch § 5 Abs. 1 EWG geschützten Rechtsgutes ermittelt werden. Erst wenn feststeht, unter welchen Voraussetzungen ein Antrag nach § 5 Abs. 1 EWG zurückgewiesen werden kann, ist es möglich, eine verfassungsrechtliche Prüfung vorzunehmen.

1. Zweck der Bestimmung

Die Neuzulassung eines EVU führt stets zu einer Intensivierung der Inanspruchnahme von Energieträgern (Kohle, Erdöl, Wasser etc.). Sie kann eine Schwächung bereits vorhandener EVU infolge einer Neuaufteilung der Versorgungsgebiete oder einer Herauslösung von Verbraucherschwerpunkten bedingen. Aus dieser Entwicklung ergibt sich u. U., daß bestehende EVU nunmehr nur einen Teil ihres bisherigen Versorgungsgebietes überhaupt nicht oder nur noch in einem verschwindend geringen Maße beliefern können. Sie werden alsdann entweder eine Energieversorgung in dem bisherigen Umfang oder in der bisherigen Qualität nicht mehr aufrecht zu erhalten vermögen und u. U. in Leistungsverfall geraten oder aber gezwungen sein, die Energiepreise heraufzusetzen, um den Einnahmeausfall aufzufangen und um eine gleichbleibende Versorgung zu gewährleisten.

Dieses zu verhindern, ist eine Aufgabe des § 5 Abs. 1 EWG[3]).

Die Bestimmung hat jedoch weiterhin den Zweck, auch den Zugang von Unternehmen zu unterbinden, welche die sachlichen und personellen Voraussetzungen für eine Energieversorgung der eben geschilderten Art nicht erfüllen. Denn es liegt auf der Hand, daß eine ungeordnete Belieferung der Allgemeinheit mit Gas und Elektrizität, die bei Duldung derartiger Unternehmen entstehen könnte, eher Schaden als Nutzen bringt.

Eine Genehmigung soll aber, wie Darge-Melchinger-Rumpf ausführen[4]), ebenfalls aus Gründen des Konkurrenzschutzes versagt werden können, um die EVU „gegen unzumutbaren Wettbewerb, insbesondere aber gegen mißbräuchliche Ausnutzung durch ihre Wettbewerber" in Schutz zu nehmen[5]).

Faßt man die Möglichkeiten, eine Genehmigung zu verweigern, zusammen und läßt dabei die Tatbestände außer acht, die nach § 16 GewO und anderen Gesetzen an und für sich berücksichtigt werden müßten, so wäre § 5 Abs. 1 nach den bisherigen Ausführungen wie folgt zu lesen:

Wenn Unternehmen und Betriebe, die nicht Energieversorgungsunternehmen sind, die Versorgung anderer mit Energie aufnehmen, so bedürfen sie hierzu der Genehmigung des Reichswirtschaftsministers. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn

> nicht die Gewähr besteht, daß das Unternehmen oder der Betrieb imstande ist, eine den Anforderungen dieses Gesetzes entsprechende Energieversorgung durchzuführen, oder

[3]) Vgl. E-R I S. 150
[4]) Vorbem. zu § 5, S. 124
[5]) S. auch die Präambel

die bisher bestehende Energieversorgung in qualitativer und preislicher Hinsicht sowie deren bisheriger Umfang beinträchtigt wird[6]) oder

die bestehenden Unternehmen oder Betriebe durch unzumutbaren Wettbewerb geschädigt werden.

2. Die Berufswahl und die Berufsausübung i. S. des Art. 12 Abs. 1 GG

§ 5 Abs. 1 EWG in dieser Auslegung kann sowohl gegen das Recht der freien Berufswahl als auch gegen das der freien Berufsausübung verstoßen.

Radtke ist offensichtlich der Auffassung, daß der Genehmigungsvorbehalt lediglich die Freiheit der Berufsausübung zu beeinträchtigen imstande ist, da er meint, „daß die Berufsaufnahme — und damit die Berufszulassung — zur Berufsausübung i. S. des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG“[7]) gerechnet werden muß. Dem kann nicht gefolgt werden.

Radtke geht, wie seine Darlegungen im einzelnen erweisen[8]), in Übereinstimmung mit Entscheidungen der älteren Rechtsprechung[9]) und des älteren Schrifttums[10]) davon aus, daß die Begriffe Berufswahl und Berufsausübung Gegensätzliches besagen[11]), und nimmt anscheinend an, daß die Berufswahl im Gegensatz zur Berufsausübung überhaupt nicht regelbar ist. Da er jedoch die Notwendigkeit anerkennt und auch auf Grund des Art. 74 Ziff. 19 GG anerkennen muß, die Berufsaufnahme unter besonderen Voraussetzungen Eingriffsmöglichkeiten zu unterwerfen, ist er, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, gezwungen, sie zur Berufsausübung i. S. des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG zu rechnen. Die von Radtke gebilligte Auffassung hat sich jedoch nicht durchsetzen können. Sie beruhte auf einer reinen Wortinterpretation des Art. 12 Abs. 1 GG, ohne dessen tieferen Sinn zu berücksichtigen. Sie führte auch zu höchst unterschiedlichen Entscheidungen bei gleichen Sachverhalten, die, wie Bachof[12]) betont hat, im Ergebnis oft geradezu willkürlich anmuteten und damit letztlich die Unrichtigkeit der ihnen zugrunde liegenden Auffassung erwiesen.

Uber hat es nun in seinem Werk „Freiheit des Berufs“[13]) unternommen, die Bedeutung der Begriffe Berufswahl und Berufsausübung im Wege der teleologischen Auslegung zu ermitteln, indem er von der Erkenntnis ausging, daß beiden ein gemeinsames Substrat zugrunde liegt, nämlich das der beruflichen Betätigung. Diese umfaßt sowohl die Aufnahme eines Berufes, dessen Fortsetzung und Beendigung[14]). Wahl und Ausübung lassen sich daher schon aus rein tatsächlichen Gründen nicht so trennen, daß sie jeweils „nur eine bestimmte Phase des Berufslebens“ bezeichnen, „die sich mit der anderen nicht“ überschneidet[15]). Sie erfassen

[6]) E-R I S. 30
[7]) S. 91
[8]) AaO und die dortige Anmerkung
[9]) BVerwG E 1, 50; BayerVerfGH E 2 II 127 ff.; 4 II 150 ff.; OVG Münster JZ 1951, 276 ff.; (277); AS 5, 106 ff.
[10]) Becker, DÖV 1956, S. 424; Friesenhahn, NJW 1949, 701 ff. (704); Huber, DÖV 1956, 135 ff. (141); Naumann, JZ 1951, 423 ff. (429)
[11]) Insbesondere OVG Münster JZ 1951, 276 ff.
[12]) Freiheit des Berufs, S. 192
[13]) Insbesondere S. 104 ff., 190 ff.
[14]) Uber, S. 104; v. M-K, Art. 12 Anm. IV 2, S. 370
[15]) BVerfG E 7, 401; Bachof, aaO S. 193 f., 216

vielmehr den einheitlichen Komplex „berufliche Betätigung" von verschiedenen Blickpunkten her. So stellt die Berufsaufnahme den Anfang der beruflichen Betätigung dar. In ihr liegt aber gleichzeitig die Verwirklichung der Berufswahl.

Grundsätzlich bedeutet nun Wahl, eine Entscheidung unter mehreren vorhandenen Gegebenheiten zu treffen, und somit den Entschluß, diese oder jene rechtlich zulässige Tätigkeit zu ergreifen. Die Freiheit der Berufswahl stellt sich demnach zunächst dar als Freiheit der Entscheidung, ob eine von mehreren beruflichen Möglichkeiten verwirklicht werden soll, als das „Ob" beruflicher Betätigung. Dem ist jedoch hinzuzufügen, daß die Garantie der Freiheit der Berufswahl nicht nur das Recht auf Entscheidungsfreiheit umfaßt, „sondern notwendig auch das Recht zur Verwirklichung dieses Entschlusses"[16]). Andernfalls wäre das Grundrecht sinnlos, da die innere Entschließung ohnehin einer gesetzlichen Regelung und damit auch einer Gewährleistung nicht zugänglich ist[17]).

Der Begriff der Ausübung besagt, daß bei Aufnahme, Fortsetzung oder Beendigung einer Tätigkeit bestimmte Modalitäten beachtet werden müssen[18]). Er ermächtigt also dazu, das „Wie" eines Berufes Eingriffsmöglichkeiten zu unterwerfen und damit zu regeln.

Wenn nun § 5 Abs. 1 EWG die Zulassung von der Art und Weise der Ausstattung eines Unternehmens oder aber von äußeren Umständen abhängig macht, so ist festzustellen, daß er sowohl die Freiheit des Ob als auch die des Wie der Betätigung eines EVU beeinträchtigt. Er ist jedoch nicht bereits aus diesem Grunde verfassungswidrig. Denn von der Regelungsbefugnis des Art. 12 Abs. 1 GG werden sowohl Berufswahl als auch Berufsausübung erfaßt. Diese ist jedoch ausschließlich „um der Berufsausübung willen gegeben und darf nur unter diesem Blickpunkt allenfalls auch in die Freiheit der Berufswahl eingreifen"[19]).

a) Objektive Zulassungsvoraussetzungen und das Problem der verfassungsimmanenten Schranken

§ 5 Abs. 1 EWG macht nun die Erteilung einer Genehmigung u. a. davon abhängig, daß die Aufnahme der Belieferung anderer mit Elektrizität und Gas die bestehende Energieversorgung in qualitativer und preislicher Hinsicht sowie deren bisherigen Umfang nicht beeinträchtigt. Damit stellt er eine objektive Zulassungsvoraussetzung i. S. der Judikatur des BVerfG auf. Hierzu hat das genannte Gericht erstmals im Apothekenurteil[20]) und alsdann in ständiger Rechtsprechung[21]) ausgeführt, daß derartige Voraussetzungen nur „zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerer Gefahren für ein überragendes Gemeinschaftsgut" als berechtigt anerkannt werden können. Es hat seine Auffassung durch Interpretation des Regelungsvorbehaltes begründet. Nach Ansicht des BVerfG soll das Grundrecht „die Freiheit des Individuums schützen, der Regelungsvorbehalt ausreichenden Schutz der Gemeinschaftsinteressen sicherstellen."

---

[16]) Bachof, aaO S. 191
[17]) Bachof, aaO S. 191; v. M-K, Art. 12 Anm. IV 1a S. 366; anders offensichtlich BVerwG E 1, 48 ff. (50)
[18]) BVerfG E 7, 401; Uber S. 104
[19]) BVerfG E 7, 403; Walter Hamel, DVBl 1958, 37 ff. (41)
[20]) E 7, 377 ff. (408); vgl. auch Lerche, DVBl 1958, 524 ff.; Scheuner, DVBl 1958, 845 ff.
[21]) Vgl. u. a. BVerfG E 11, 168 ff. (183 ff)

Wenn nun auf Grund objektiver Zulassungsvoraussetzungen die Berufsaufnahme im Einzelfall unmöglich gemacht wird, so ist an der Tatsache nicht vorbeizukommen, daß in bestimmten Situationen von einer individuellen Freiheit nicht mehr die Rede sein kann. Der Regelungsvorbehalt macht es daher möglich, u. U. die Freiheit der Berufsaufnahme zu zerstören, und zwar, was nicht verkannt werden soll, durchaus im notwendigen Interesse der Allgemeinheit.

Die Auffassung des BVerfG ist jedoch wohlbegründet. Sie ließe sich nur dann nicht halten, wenn man der Ansicht sein könnte, das Grundgesetz gewährleiste eine absolute und ungebundene Freiheit, die der einzelne in schrankenloser Weise für sich zu nutzen imstande wäre.

Es ist allgemein anerkannt, daß die „Freiheit i. S. des Grundgesetzes keine nihilistische, sondern eine wert- und gemeinschaftsgebundene Freiheit“[22]) ist. Diese Freiheit setzt Pflichten voraus. Das Grundgesetz handelt zwar nicht ausdrücklich von sog. Grundpflichten, sondern nur von den Grundrechten. Die Existenz von Grundpflichten wird aber von niemandem geleugnet[23]). Daraus folgt jedoch, daß jede Freiheit pflichtgebunden ist, daß es unter der Herrschaft des Grundgesetzes nur eine Freiheit in der Bindung, und zwar, wie Wintrich darlegt, einer Bindung an die Gemeinschaft geben kann. So hat auch das BVerwG in ständiger Rechtsprechung[24]) den Standpunkt vertreten, Grundrechte dürften „nicht in Anspruch genommen werden, wenn dadurch die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet würden“. Es erkennt damit die Existenz sog. verfassungsimmanenter Schranken an.

Das BVerwG leitet seine Ansicht aus allgemeinen im Grundgesetz enthaltenen Prinzipien her, ohne sie durch Rückgriff auf Spezialnormen zu begründen. Deshalb ist seine Beweisführung wiederholt angegriffen worden[25]). Die Frage der Art und Weise der Ableitung verfassungsimmanenter Schranken mag hier nun dahinstehen[26]). Denn nach einhellig vertretener Auffassung ist sicher, wie Werner Weber[27]) ausgeführt hat, daß jedes Grundrecht, jedes Freiheitsrecht „den Bestand der Gemeinschaft voraussetzt, durch die es gewährleistet wird“ und daß deshalb kein Grundrecht dem einzelnen die Möglichkeit bieten kann, es zur Zerstörung oder Vernichtung der Gemeinschaft zu nutzen. Daher ist jedem Grundrecht, welches wie Art. 12 GG in dem Spannungsfeld der sich widerstreitenden Gemeinschafts- und Individualinteressen steht, eine Nichtstörerschranke immanent. Daraus wiederum läßt sich für § 5 Abs. 1 EWG folgern, daß eine Genehmigung versagt werden kann, sofern überragende Interessen der Allgemeinheit es zwingend gebieten. Das BVerfG hat in diesem Zusammenhang denn auch dargelegt, daß in den Fällen, in denen der Freiheitsanspruch des einzelnen am schwächsten ist, nämlich auf dem Gebiete der Berufsausübung, einer Durchsetzung der Gemeinschaftsinteressen ein weites Feld bleibt, daß hingegen dort, wo der Freiheitsanspruch des einzelnen am stärksten ist, d. h. bei der Berufswahl selbst, die Gemeinschaftsinteressen nun insoweit zu berücksichtigt werden brauchen, aber auch müssen, als es sich zum allgemeinen Wohl als unerläßlich erweist[28]).

[22]) Wintrich, S. 21; BVerfG E 4, 7 ff. (15); auch Schnorr, AöR 85, 121 ff. (136 f.)
[23]) Vgl. u. a. v. M-K. Vorbem. A V vor ‚die Grundrechte‘; Maunz, Lehrbuch S. 88 ff.
[24]) BVerwG E 4, 167 ff. (171); auch 1, 48 ff. (52); 2, 295 ff.; OVG Münster AS 13, 310 ff.
[25]) Bachof, JZ 1957, 334 ff. (337); JZ 1958, 288; Dürig in M-D, Art. 2 Abs. 1, Rd. Nr. 70; derselbe JZ 1957, 169 ff. (173); Hans H. Klein, DÖV 1962, 41 ff.; Maunz, Lehrbuch S. 94
[26]) Vgl. dazu BVerfG E 4, 7 ff. (15)
[27]) Weber-Haustein, S. 20
[28]) BVerfG E 7, 405

b) Die Energiewirtschaft als überragendes Gemeinschaftsgut

§ 5 Abs. 1 EWG entspricht nach den vorstehenden Darlegungen nur dann den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG, wenn er dazu bestimmt ist, überragende Güter der Allgemeinheit zu schützen.

Sowohl die Gas- als auch die Elektrizitätsversorgung sind heute für die Bevölkerung von vitaler Bedeutung.

Die Gasversorgung, welche ursprünglich jede Art von Beleuchtung (Straßen- und Haushaltsbeleuchtung) sicherstellte, ist gegenwärtig für die Belieferung der Haushalte zu Koch- und Heizgelegenheiten sowie darüber hinaus für eine allgemeine Versorgung zu Wärmezwecken eminent wichtig geworden. Dabei beschränkt sich die Lieferung von Gas nicht auf die bloße Zuführung durch feste Leitungen, sondern erstreckt sich auch auf die Bereitstellung in festen beweglichen Behältnissen (Propangas)[29]).

Die Elektrizitätsversorgung ist für die Allgemeinheit heute nicht mehr zu entbehren. Ein geordnetes Verkehrswesen, wie der Betrieb von Straßenbeleuchtungskörpern, Verkehrssicherungen wie Signal- und Ampelanlagen, wäre ohne eine umfassende, regelmäßige und hochqualifizierte Stromversorgung nicht denkbar. Die unmittelbaren Aufgaben der Landesverteidigung, wie Funk- und Fernmeldewesen, Ortungswesen, Sicherung und Überwachung militärischer Anlagen, wären bei mangelhafter Zurverfügungstellung von Elektrizität äußerst erschwert, eine geordnete Krankenpflege in Heilanstalten infolge der Abhängigkeit der Apparaturen von Stromlieferungen nur unter schwierigsten Umständen möglich. Die Produktion aller Art und allen Umfangs ist auf eine ausreichende Versorgung mit Elektrizität angewiesen. Letztlich hängt die Aufrechterhaltung des allgemeinen Lebensstandards von einer umfassenden Belieferung mit Strom ab. Daraus ergibt sich, daß die Erhaltung einer qualitativen und jederzeit möglichen allgemeinen Energieversorgung ein Rechtsgut ist, welches eine Beschränkung der Berufsfreiheit in größtmöglichem Umfang zugunsten der Allgemeinheit rechtfertigt, und daß es mit den Interessen der Allgemeinheit nicht vereinbar ist, wenn die Leistungsfähigkeit eines EVU ohne gleichwertigen Ersatz durch unnötige Neuzulassungen herabgemindert wird.

Aber auch dann, wenn eine Neuzulassung die Leistungsfähigkeit eines bestehenden EVU nicht gefährdet, wohl aber zu einer Erhöhung der Energiepreise bei gleichbleibender Leistung führt, ist die Zurückweisung eines Antrages auf Genehmigung nach § 5 Abs. 1 EWG im Prinzip verfassungsrechtlich unbedenklich.

Da die Allgemeinheit von einer hochwertigen Energieversorgung abhängig ist, muß diese zu für jedermann erschwinglichen Preisen zu erhalten sein. Eine teure Energieversorgung würde es weiten Kreisen erschweren, Elektrizität und Gas in dem tatsächlich benötigten Umfang abzunehmen. Die Rentabilität vieler Unternehmen hängt neben einer umfassenden besonders auch von einer billigen Energieversorgung ab[30]). Eine Erhöhung der Energiepreise wäre nur dann zu erwägen, wenn sie auf Grund innerbetrieblicher oder äußerer Vorgänge nicht zu umgehen ist.

---

[29]) E-R, I S. 157a; Fischerhof, Rechtsfragen, S. 204 sub 5
[30]) Vgl. dazu E-R, I S. 35a; Brügelmann und Ludwig, HdBKommWissuPr III S. 658

Eine notwendige Heraufsetzung der Energiepreise muß zwar von der Allgemeinheit im Interesse der Erhaltung einer Energieversorgung in Kauf genommen werden. Anders ist es aber dann, wenn eine solche Verteuerung durch Verhinderung einer Neuzulassung hätte vermieden werden können. Eine Neuzulassung, die nichts weiter zur Folge hat als eine Energiepreiserhöhung bei gleichbleibender Leistung, bedeutet im Ergebnis nur eine nicht erforderliche Verteuerung eines notwendigen Verbrauchsgutes und damit auch eine unnötige Erschwerung, derartige Güter zu erhalten.

§ 5 Abs. 1 EWG soll nun auch dem Konkurrenzschutz dienen. Es erscheint jedoch fraglich, ob ein derartiges Motiv verfassungsrechtlich unbedenklich ist.

Der Konkurrenzschutz dient niemals den Interessen der Allgemeinheit, sondern nur denen einer Gruppe. Er beeinträchtigt die Freiheit des einzelnen nicht aus Gründen, die in der Gesamtheit der Bevölkerung liegen. Das ist aber nach dem Sinn und Zweck des Art. 12 Abs. 1 GG unzulässig. Es widerspricht der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Regelungsvorbehaltes[31]). Demgemäß hat auch das BVerfG im Apothekenurteil ausgeführt, daß das Motiv des Konkurrenzschutzes „niemals einen Eingriff in das Recht der freien Berufswahl rechtfertigen könnte“[32]). Das muß auch für den mißbräuchlichen Wettbewerb gelten, den zu bekämpfen das UWG ausreicht.

Nach dem Vorstehenden könnte einem NichtEVU die Genehmigung zur Versorgung anderer mit Energie nicht deshalb versagt werden, weil nach erfolgter Zulassung ein bestehendes EVU wirtschaftlich vernichtet würde, da dessen Versorgungsaufgaben sämtlich von dem neu hinzugekommenen EVU übernommen werden würden, vorausgesetzt natürlich, daß die Energieversorgung im bisherigen Umfang und in der bisherigen Art und Weise weitergeführt würde. Die Allgemeinheit hat kein Interesse an der Belieferung durch ein bestimmtes Unternehmen, sondern nur an umfassender, moderner und preiswürdiger Leistung. Diesen Ausführungen kann nicht mit dem Hinweis auf das von dem alten EVU aufgewendete, u. U. bedeutende Kapital entgegengetreten werden. Derartige Argumente liefen letzten Endes auf eine Forderung nach Schutz bestehender EVU vor Konkurrenz hinaus. Auch andere Betriebe, die z. T. sehr große Summen für ihre Produktion und ihr Bestehen aufgewandt haben, sind nicht davor gesichert, daß sich ihre Anstrengungen eines Tages als vergeblich erweisen, wenn leistungsfähigere Betriebe auftauchen. Damit ist die Auffassung Darge-Melchinger-Rumpfs[33]), auch aus Gründen des Konkurrenzschutzes könne die Genehmigung nach § 5 EWG verweigert werden, gegenstandslos.

c) Subjektive Zulassungsvoraussetzungen

Soweit § 5 Abs. 1 EWG die Erteilung einer Genehmigung von einer entsprechenden Ausstattung des um Zulassung nachsuchenden Unternehmens abhängig macht, stellt er eine subjektive Zulassungsvoraussetzung i. S. der Rechtsprechung des BVerfG[34]) auf. Diese ist verfassungsrechtlich dann unbedenklich und erforderlich, wenn sichergestellt werden muß, daß nur qualifizierte Bewerber in einem be-

[31]) Vgl. dazu 47
[32]) BVerfG E 7, 408
[33]) S. 124
[34]) BVerfG E 7, 406 f.; NJW 1961, 2011 ff. (2012 f.)

stimmten Beruf tätig werden. Sie legitimiert sich „aus der Sache heraus; sie beruht darauf, daß viele Berufe bestimmte . . . Kenntnisse und Fertigkeiten . . . erfordern und daß die Ausübung dieser Berufe ohne solche Kenntnisse entweder unmöglich oder unsachgemäß wäre oder aber Schäden, ja Gefahren, für die Allgemeinheit mit sich bringen würde“[35]).

Es liegt auf der Hand, daß Unternehmen, welche für die Versorgung der Allgemeinheit nicht mit einer entsprechenden Ausstattung versehen sind, eine geordnete Energieversorgung nicht durchführen können. Sie würden daher nicht zum Nutzen, sondern allein zum Nachteil der Bevölkerung tätig sein. Wenn derartige Betriebe durch Maßnahmen nach § 5 Abs. 1 EWG von Anfang an ausgeschaltet werden, so entspricht das einem Allgemeininteresse auf Fernhaltung unzuverlässiger Unternehmen und Personen vom Wirtschaftsleben[36]).

Das bisherige Ergebnis läßt sich dahin zusammenfassen, daß § 5 Abs. 1 EWG im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG nur insofern Bestand haben kann, als er die Verweigerung einer Genehmigung aus Gründen nicht ordnungsgemäßer Ausstattung und aus Gründen der Gefährdung der bestehenden Energieversorgung gestattet.

§ 5 Abs. 1 EWG in der hier vorgeschlagenen Art könnte daher „verfassungskonform“ nunmehr nur lauten:

Wenn Unternehmen und Betriebe, die nicht Energieversorgungsunternehmen sind, die Versorgung anderer mit Energie aufnehmen, so bedürfen sie hierzu der Genehmigung des Reichswirtschaftsministers. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn

> nicht die Gewähr besteht, daß das Unternehmen oder der Betrieb imstande ist, eine den Anforderungen dieses Gesetzes entsprechende Energieversorgung durchzuführen, oder
>
> die bisher bestehende Energieversorgung in qualitativer und preislicher Hinsicht sowie deren bisheriger Umfang beeinträchtigt wird.

3. Die Notwendigkeit, Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit der Ermächtigung nach § 5 Abs. 1 EWG

Wenn inzwischen auch deutlich geworden ist, daß § 5 Abs. 1 EWG ein überragendes Gemeinschaftsgut schützt, so ist er doch nur als verfassungsmäßig anzuerkennen, wenn die in ihm enthaltenen Freiheitsbeschränkungen zwingend erforderlich, geeignet, nicht übermäßig und für die betroffenen Unternehmen nicht unzumutbar sowie verhältnismäßig sind[37]). Es ist daher weiter zu prüfen, ob der Gesetzgeber das mit § 5 Abs. 1 EWG verfolgte Ziel nicht auch hätte erreichen können, wenn er nicht die Stufe der objektiven, sondern lediglich die der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen betreten hätte. Würde das Letztere genügen, so wäre der Eingriff in die Berufsfreiheit nach der hier zu erörternden Bestimmung nicht zwingend erforderlich.

---

[35]) BVerfG E 7, 406 f.; vgl. auch Uber, S. 80 ff.
[36]) Dazu auch Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 81 sub B
[37]) So Reuß, DVBl 1961, 865 ff. (867 f.)

Die Energieversorgung ist auf das Vorhandensein von festen Zuleitungen angewiesen. Das hierfür aufgewendete Kapital muß sie amortisieren. Wird nun bei der Neuzulassung eines EVU neben einem bereits vorhandenen ein neues Leitungsnetz aufgebaut, so liegt es auf der Hand, daß das alte Netz nicht mehr in der bisherigen Weise ausgenutzt werden kann. Findet jetzt das zuerst vorhandene EVU keinen neuen Abnehmerkreis, so ist zumindest eine Preiserhöhung, wenn nicht gar ein Leistungsverfall unvermeidbar. Das gilt insbesondere dann, wenn das hinzukommende Unternehmen ein verbrauchsstarkes Gebiet, z. B. ein Industriegelände, an sich zieht und dem alten EVU lediglich die Trümmer seines bisherigen Wirkungskreises in Gestalt unrentabler und weit auseinanderliegender verbrauchsarmer Gegenden überläßt. Dieser Entwicklung kann mit der Aufstellung nur subjektiver Zulassungsvoraussetzungen nicht gesteuert werden. Es war daher hier zwingend erforderlich, daß der Gesetzgeber die Stufe objektiver Zulassungsvoraussetzungen erstiegen hat.

Wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, ist das im § 5 Abs. 1 EWG angewandte Mittel auch geeignet, den erstrebten Erfolg herbeizuführen, nämlich die Aufrechterhaltung einer leistungsfähigen Energieversorgung.

Der Genehmigungsvorbehalt könnte jedoch die um Betriebserlaubnis nachsuchenden Unternehmen übermäßig und in unzumutbarer Weise belasten. Derartiges wäre anzunehmen, wenn § 5 Abs. 1 EWG die Möglichkeit zu freier Ermessensausübung geschaffen hätte, wenn es also allein vom Willen der Energieaufsichtsbehörden abhinge, ob eine Zulassung erteilt wird oder nicht. Ermessensentscheidungen im Bereich eines Grundrechts tasten grundsätzlich dessen Wesensgehalt an[38]).

Radtke vertritt nun im Anschluß an die Ausführungen Darge-Melchinger-Rumpfs[39]) die Ansicht, der Gesetzgeber habe in § 5 Abs. 1 EWG ausdrücklich zu erkennen gegeben, „daß er die Verwaltung nicht ausschließlich an den Zweck der Vorschrift binden will, sondern die Norm in freiem Ermessen gehandhabt wissen will", da er deren Zweck nicht ausdrücklich in den Tatbestand aufgenommen habe[40]). Diese Begründung kann als durchschlagend nicht anerkannt werden, wie schon ein Vergleich mit einer Vorschrift des nachkonstitutionellen Rechts ergibt.

Aus der Fassung eines Gesetzes läßt sich objektiv kaum bestimmen, ob es Ermessensentscheidungen Raum gibt oder nicht. Begriffe wie „kann", „darf", „ist befugt" etc. mögen zwar Anhaltspunkte geben. Es mag auch auf Ermessen hindeuten, wenn die Norm selbst die Voraussetzungen des Verwaltungshandelns nicht näher umgrenzt, wie es im § 5 Abs. 1 EWG geschehen ist, sondern schweigt. Entscheidendes ist damit jedoch nicht gewonnen. Betrachtet man z. B. § 13 PersBefG, so kann man im Abs. 1 lesen: „Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn ..." Es wäre nun vermessen, allein auf Grund des Textes zu folgern, diese Bestimmung räume einen Rechtsanspruch ein. Denn sie besagt ihrem Wortlaut nach nur, daß eine Erlaubnis ausgesprochen werden darf, wenn die geforderten Voraussetzungen gegeben sind, ohne daß deren Erteilung jedoch zwingend vorgeschrieben ist. § 13 Abs. 2 PersBefG stellt weitere Versagungsmöglichkeiten auf, desgleichen die übrigen Bestimmungen dieser Norm. Gleichwohl wird mit Rücksicht

[38]) Bachof, Freiheit des Berufs, S. 221; BVerfG E 11, 168 ff. (192)
[39]) D-M-R § 5 Anm. 5, S. 131
[40]) Radtke S. 94; ähnlich auch List, Energierecht, S. 18; Mangels, ElttW 1954, 591

auf die Entscheidung des BVerfG vom 8. 8. 1960[41]) die Auffassung vertreten, das PersBefG räume einen Rechtsanspruch auf Genehmigung ein[42]). Eine derartige — zutreffende — Ansicht kann aber nicht im Wege der Wortinterpretation unter Verwendung bestimmter Tatbestandsindizien, sondern nur durch Ermittlung des Sinnes und Zweckes einer Vorschrift unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen gewonnen werden. Das BVerfG hat wiederholt dargelegt, es gelte schon allgemein der Grundsatz, „daß ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären ist, wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann; denn es spricht nicht nur eine Vermutung dafür, daß ein Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist, sondern das in dieser Vermutung zum Ausdruck kommende Prinzip verlangt auch im Zweifel eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes"[43]). Hält man sich in Anbetracht dieser Ausführungen vor Augen, daß Art. 12 GG die Freiheit gewährleistet, einen Beruf zu ergreifen, und berücksichtigt man weiter die Interpretationspraxis zu § 13 PersBefG, so wäre es hiermit schlechthin unvereinbar, die Aufnahme der Tätigkeit eines EVU vom Ermessen der Energieaufsichtsbehörden und damit die Verwirklichung eines Freiheitsanspruches allein von einem Willensakt der Verwaltung abhängig zu machen. § 5 Abs. 1 EWG zwingt seinem Wortlaut nach auch nicht zu einer derartigen Auslegung. Braucht er aber nicht als Ermessensvorschrift ausgelegt zu werden, so ist er im Hinblick auf Art. 12 GG derart zu interpretieren, daß er einen Rechtsanspruch gewährt[44]).

Letztlich ist auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt. Dieser besagt, daß eine Maßnahme nicht in offenbarem Mißverhältnis zu dem mit ihr beabsichtigten Erfolg stehen darf[45]). Es kann nun nicht gesagt werden, daß die Verweigerung einer Genehmigung nach § 5 Abs. 1 EWG in einem eklatanten Widerspruch zu dem erzielten Ergebnis, nämlich der Aufrechterhaltung einer hochqualifizierten, allgemeinen und preiswerten Energieversorgung steht. Das angewandte Mittel entspricht daher in vollem Umfang dem mit ihm verfolgten Zweck.

Mit den vorstehenden Ausführungen ist die Prüfung des § 5 Abs. 1 EWG abgeschlossen. Sie hat ergeben, daß gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG Bedenken nicht erhoben werden können[46]).

II Die Investitionskontrolle nach § 4 Abs. 2 EWG

1. Zweck der Vorschrift

Eisen-Riederer[47]) sehen als Zweck dieser Bestimmung „im wesentlichen die Verhinderung überflüssiger und volks- oder energiewirtschaftlich schädlicher oder unzweckmäßiger Investitionen" an. In der gleichen Weise äußern sich die amt-

[41]) BVerfG E 11, 168 ff.
[42]) So Greif, Kommentar zum PersBefG, § 15 Rd. Nr. 1
[43]) BVerfG E 2, 266 ff. (282); 9, 338 ff. (350)
[44]) V. Turegg, NJW 1954, 863; dazu auch BVerwG E 4, 250 ff. (256); 7, 304 ff. (315 ff.)
[45]) Vgl. z. B. § 5 Satz 2 Hess. PolG
[46]) So OVG Münster AS 13, 326; Huber I, S. 580 f.; v. Turegg aaO; E-R I S. 149a; Benkendorff EltW 1951, 218 ff.; Mangels EltW 1954, 592
[47]) I S. 123

liche Begründung und die Präambel, welche allerdings zur Gesetzesauslegung nur in beschränktem Maße heranzuziehen sind[48]).

Sicherlich entspricht die Auffassung Eiser-Riederers den historischen Vorstellungen des Gesetzgebers. Ob sie auch noch heute uneingeschränkt gelten kann, dürfte jedoch zweifelhaft sein.

Das EWG ist ein Energieaufsichtsgesetz. Es läßt, wie schon des öfteren betont, die unternehmerische Freiheit im Prinzip unangetastet. Ob die Führungskräfte der einzelnen EVU nun Investitionen vornehmen oder nicht, muß einer Energieaufsichtsbehörde zunächst gleichgültig sein. Sie soll und darf als Energiebehörde erst dann Interesse an den Maßnahmen eines EVU zeigen, wenn sich diese in energiewirtschaftlicher Hinsicht negativ auswirken. Dann aber können allgemeine volkswirtschaftliche Gründe der Verwaltung zum Eingreifen keinen Anlaß geben[49]). Auch überflüssige Investitionen, die von den Betriebsleitern eines EVU aus irgendwelchen Gründen für erforderlich gehalten werden und auf die bestehende Energieversorgung keinen Einfluß haben, stellen für die Aufsichtsbehörden keinen Grund zum Tätigwerden dar. Das Gleiche muß auch für unzweckmäßige Investitionen gelten, die Auswirkungen nicht zeigen.

Will man mit dem Gedanken einer reinen Energieaufsicht im EWG Ernst machen, so haben für die Auslegung des Gesetzes alle diejenigen Gesichtspunkte auszuscheiden, welche für die Energiewirtschaft nicht von Bedeutung sind[50]). Danach bleibt im wesentlichen als Zweck des § 4 Abs. 2 EWG übrig, schädliche Investitionen zu verhindern. Allein unter diesem Aspekt ist auch der Begriff „Gründe des Gemeinwohls" zu interpretieren.

Von dieser Voraussetzung ausgehend, ist nunmehr die Verfassungsmäßigkeit des § 4 Abs. 2 EWG zu untersuchen.

2. Die Untersagungsmöglichkeit als Ermächtigung zu Eingriffen in die Freiheit der Berufswahl

§ 4 Abs. 2 EWG ermächtigt sowohl zu Eingriffen in die Freiheit der Berufswahl als auch zu Regelungen der Berufsausübung[51]). Er ermächtigt dazu, die Entscheidung der EVU, ob der Betrieb in einem bestimmten Umfang durchgeführt werden soll oder nicht, durch hoheitliche Maßnahmen zu korrigieren. Wenn auch vielleicht zweifelhaft sein kann, ob eine Untersagung hinsichtlich der drei ersten Alternativen der Bestimmung eine Antastung der Freiheit der Wahl darstellt, so ist dieses bei dem letzten Tatbestandsmerkmal doch sicher. Die Energieaufsichtsbehörden können nämlich die totale Stillegung eines Unternehmens auf unbestimmte Zeit verhindern. Hierin liegt aber eine Beeinträchtigung des Rechts auf ungehinderte Beendigung einer Tätigkeit und damit ein Eingriff in das „Ob" eines Berufes[52]).

---

[48]) Vgl. oben S. 7
[49]) So auch Huber II, S. 229
[50]) Gesichtspunkte, die normalerweise über die Gewerbeordnung zu berücksichtigen wären, müssen hier allerdings wegen § 24 GewO in Betracht gezogen werden.
[51]) AA Radtke, S. 39a: nur Berufsausübung
[52]) Bachof, Freiheit des Berufs, S. 249

Eine Aufgabe des Betriebes eines EVU zur Unzeit würde eine Belieferung der Bevölkerung mit Gas und Elektrizität in hohem Maße erschweren. Ein unfreiwilliges Beispiel einer nur vorübergehenden plötzlichen Einstellung der Tätigkeit mehrerer EVU haben erst in jüngster Zeit alle diejenigen erleben müssen, die von den Auswirkungen der Flutkatastrophe vom 16./17. Februar 1962 betroffen worden sind. Es ist daher festzustellen, daß eine vollständige Stillegung eines EVU in einem unrichtigen Moment überragende Belange der Allgemeinheit beeinträchtigt. Hier eine Untersagungsmöglichkeit zu schaffen, war zwingend geboten.

3. Der Grundsatz der Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit im § 4 Abs. 2 EWG

Eine übermäßige und unzumutbare Belastung der einzelnen EVU können die Maßnahmen nach § 4 Abs. 2 EWG nicht zur Folge haben. Ein Ermessensspielraum wird den Energieaufsichtsbehörden nicht eingeräumt[53]).

Ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist, erscheint zumindest bei der dauernden Verhinderung der Stillegung zweifelhaft. Denn das angewandte Mittel steht zu dem erstrebten Erfolg doch zumindest in einem unangemessenen Verhältnis. Es muß zur Vermeidung schädlicher Folgen für die Energieversorgung genügen, wenn eine Stillegung eines EVU nicht auf die Dauer, sondern nur für die Zeit untersagt wird, in der ein anderes EVU zu gleichen Bedingungen wie vorher eine Belieferung mit Elektrizität und Gas aufnehmen kann. Ist dieser Zustand erreicht, so ist für die Aufrechterhaltung der Untersagungsverfügung kein Raum mehr.

Es ist daher festzustellen, daß die totale und endgültige Verhinderung der Aufgabe eines Betriebes eines EVU dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit widerspricht. § 4 Abs. 2 EWG ist demgemäß hinsichtlich der letzten Alternative so auszulegen, daß eine Untersagung nur für eine bestimmte Zeit erfolgen kann.

Für die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs. 2 EWG gelten die gleichen Ausführungen.

Die Untersuchung des § 4 Abs. 2 EWG im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG hat also ergeben, daß auch diese Bestimmung den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Sie ist daher mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar.

III Die Auskunftspflichten nach § 3 EWG

§ 3 EWG belastet die einzelnen EVU im Interesse einer geordneten Energieversorgung mit Auskunfts- und Mitteilungspflichten, ohne wie § 4 Abs. 2 und § 5 Abs. 1 EWG den Aufsichtsbehörden die Möglichkeit zu bieten, unmittelbar in die Tätigkeitsphäre der einzelnen Unternehmen einzugreifen. Er beeinträchtigt daher auch nicht die Freiheit der Berufswahl, sondern regelt lediglich die Art und Weise der Berufsausübung. Das ist nach der Rechtsprechung des BVerfG[54]) dann zulässig, „wenn vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erschei-

[53]) Vgl. oben S. 17 ff.
[54]) BVerfG E 7, 405

nen lassen." Diese Voraussetzung ist hier ohne Frage gegeben. Denn eine geordnete Energieversorgung kann von Staats wegen nur gewährleistet werden, wenn die Aufsichtsbehörden über die tatsächliche und rechtliche Lage der EVU unterrichtet sind, damit sie ggf. mit hoheitlichen Mitteln Unzuträglichkeiten zu beseitigen imstande sind.

Die nach § 3 EWG erlaubten Maßnahmen belasten die einzelnen Unternehmen auch nicht übermäßig und in unzumutbarer Weise, da der Umfang der Tatsachen und Vorgänge, welche den Aufsichtsbehörden offenbart werden müssen, durch das Gesetz festgelegt ist. Auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist gewahrt. Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG bestehen daher nicht.

IV Die Untersagungsbefugnis nach § 8 Abs. 1 EWG

§ 8 Abs. 1 EWG ermächtigt die Verwaltung, den Betrieb eines EVU, das seine Versorgungsaufgaben und die ihm nach dem EWG auferlegten Pflichten nicht erfüllen kann, ganz oder teilweise zu untersagen.

Wird der Betrieb eines EVU durch hoheitliche Maßnahmen stillgelegt, so wird es damit an der Fortsetzung beruflicher Betätigung gehindert. Hierdurch wird die Freiheit der Berufswahl angetastet[55]). Ein derartiger Eingriff kann aber nur aus den im Verlaufe der Untersuchung des § 4 Abs. 2 und § 5 Abs. 1 EWG dargelegten Gründen erfolgen.

Es ist sicher, daß eine lückenhafte und unregelmäßige Energieversorgung überragende Belange der Allgemeinheit in hohem Maße verletzt. Diese Belange werden jedoch weit mehr beeinträchtigt, wenn die Energieversorgung insgesamt ausfällt. Eine Untersagung darf deshalb nur erfolgen, wenn die Tätigkeit des leistungsschwachen oder -unfähigen EVU einer den allgemeinen Anforderungen entsprechenden Energieversorgung durch ein oder mehrere andere EVU hinderlich sein würde. Überragende Belange der Allgemeinheit fordern in diesem Falle eine Untersagung.

Zweifelhaft ist, ob eine Untersagung auch dann gerechtfertigt ist, wenn ein EVU die ihm durch § 3 oder § 6 Abs. 1 EWG auferlegten Pflichten nicht erfüllen kann.

Die Verletzung der sich aus § 6 Abs. 1 EWG ergebenden Pflichten hat de facto eine uneinheitliche Energieversorgung zur Folge. Kann sie von den EVU infolge Unvermögens nicht beseitigt werden, so ist u. U. eine umfassende Versorgung gefährdet. Die Verletzung von Meldepflichten führt, wie bereits dargelegt, dazu, daß die Verwaltung ihren Aufsichtspflichten nicht nachkommen kann. Die Durchführung einer umfassenden Energieaufsicht ist aber auch auf Grund überragender Belange der Allgemeinheit zwingend erforderlich und muß unter allen Umständen gesichert werden. Wird diese Aufgabe durch die Verletzung von Anzeige- und Meldepflichten unmöglich gemacht, so ist ein Untersagungsgrund gegeben.

Die nach § 8 Abs. 1 EWG zu treffenden Maßnahmen sind geeignet, den erstrebten Erfolg herbeizuführen; sie erweisen sich als nicht unzumutbar, da sie von eng-

[55]) Hamann, Art. 12 Anm. B 9

begrenzten objektiven Voraussetzungen abhängig sind und das betreffende EVU demgemäß erkennen kann, wann eine Entscheidung nach dieser Vorschrift zu erwarten sein wird. Für eine Ermessensprüfung ist im Rahmen des § 8 Abs. 1 EWG kein Raum. Die Untersagungsbefugnis verstößt auch nicht gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

Danach ist festzustellen, daß § 8 Abs. 1 EWG mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.

Abschnitt B:

Die Verfassungsmäßigkeit der Nebenbestimmungen im EWG

Mit der bisherigen Untersuchung ist die Erörterung der sog. Kernbestimmungen des EWG im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG abgeschlossen. Die folgende Prüfung wird sich nunmehr auf die Vorschriften erstrecken, die in bezug auf das Grundrecht der freien beruflichen Betätigung zwar noch Bedeutung, aber mehr von nebengeordneter Art haben.

I Der Kontrahierungszwang nach § 6 EWG

§ 6 EWG, die sozusagen klassische Bestimmung über den Kontrahierungszwang, kann nach dem Ergebnis der bisherigen Erörterungen nicht mehr problematisch sein. Er dient dazu, all denjenigen, die auf eine Energieversorgung angewiesen sind und einen Anschluß an das Versorgungsnetz eines EVU verlangen, eine dem Zweck des Gesetzes entsprechende Belieferung mit Energie zu sichern.

Wenn § 6 Abs. 1 EWG die EVU verpflichtet, allgemeine Bedingungen und allgemeine Tarifpreise öffentlich bekanntzugeben, so greift er damit nicht in das „Ob" beruflicher Betätigung ein, sondern regelt lediglich deren Art und Weise. Die Modalitäten einer derartigen Regelung sind jedoch, wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, vom Gesetzgeber in etwa frei bestimmbar, da sie die Durchführung der Tätigkeit eines EVU nicht oder nur in verschwindend geringem Umfang behindern. Gegen ihre Zulässigkeit bestehen aus den einzelnen, bei der Erörterung der Verfassungsmäßigkeit zu prüfenden Merkmalen, insbesondere denen der Notwendigkeit und Zumutbarkeit, keine Bedenken.

Soweit § 6 EWG jedoch eine allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht statuiert, belastet er die einzelnen EVU in weitaus höherem Maße. § 6 Abs. 2 EWG schwächt zwar den in Abs. 1 normierten Grundsatz wieder ab. Gleichwohl könnte, was hier aber im einzelnen nicht abschließend geklärt zu werden braucht, diese Bestimmung als mittelbarer Eingriff in das „Ob" beruflicher Betätigung angesehen werden[56]). Denn in diesem Fall wird die Freiheit der EVU, selbst zu bestimmen, mit wem sie in geschäftliche Beziehungen treten wollen, in einschneidender Weise beeinträchtigt. Die Handlungsfreiheit der EVU wird hier auf einem Gebiet, das sonst von dem Prinzip der Privatautonomie beherrscht wird, aufge-

[56]) Dazu Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 73

hoben. Daß die Vertragsfreiheit auf dem Gebiete beruflicher Betätigung ein durch Art. 12 GG geschütztes Rechtsgut ist und daß auf diesem Spezialgebiet eine Berufung auf Art. 2 GG nicht möglich ist, dürfte heute nicht mehr zweifelhaft sein[57]). Ihre Einschränkung nach § 6 EWG ist jedoch zwingend erforderlich, da andernfalls die Garantie einer allgemeinen Energieversorgung gefährdet wäre und weil diesem überragenden Gemeinschaftsgut demgemäß schwerwiegende Nachteile drohten. Weitere Gründe stehen der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift nicht entgegen.

§ 6 EWG ist daher mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar.

II Die Eingriffsmöglichkeiten in die Privatautonomie nach § 7 EWG

Auch die Gültigkeit des § 7 Satz 1 EWG kann im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG nicht zweifelhaft sein. Wie § 6 Abs. 1 EWG ermächtigt diese Vorschrift zu einer Einschränkung der Vertragsfreiheit, und zwar insbesondere auf dem Gebiete des Energiepreisrechts. Daß eine preiswerte und kostenmäßig vertretbare Energieversorgung ein überragendes Gemeinschaftsgut ist, wurde bereits an anderer Stelle ausführlich dargelegt. Auch diesem Rechtsgut gegenüber muß der Grundsatz der Vertragsfreiheit zurücktreten. Das wird auch von Radtke anerkannt[58]). Radtke gelangt jedoch deshalb zur Annahme einer Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung, weil er der Ansicht ist, der Begriff „wirtschaftlich" könne die Energieaufsichtsbehörden bei der Gestaltung der allgemeinen Bedingungen und der Tarifpreise der EVU sowie der Energieeinkaufspreise der Energieverteiler nicht in genügender Weise binden. Die Energieaufsichtsbehörde hätte es in der Hand, die Preisfreiheit nach ihrem Belieben zu beseitigen und infolge der Möglichkeit, auch die sonstigen Bedingungen der Energieversorgungsverträge zu gestalten, die gesamte Vertragsfreiheit in der Energiewirtschaft aufzuheben. Träfe die Ansicht Radtkes zu, so wäre § 7 Satz 1 deshalb unwirksam, weil er die einzelnen EVU übermäßig und in unzumutbarer Weise beeinträchtigen könnte.

Daß § 7 Satz 1 EWG durch den Begriff der „wirtschaftlichen Gestaltung" die Energieaufsichtsbehörden in genügender Weise festlegt, wurde bereits ausgeführt. Auf dem Gebiete des Wirtschaftsverwaltungsrechts ist eben einmal mit engen Formulierungen und straffen Bindungen der Verwaltung an das Gesetz nicht auszukommen, es sei denn, man nähme es in Kauf, daß der Gesetzgeber jedesmal dann tätig werden müßte, wenn die allgemeine wirtschaftliche Lage sich nicht mehr mit den Mitteln einer Norm meistern läßt, die das Verwaltungshandeln an ganz bestimmte Voraussetzungen bindet. Bei der Schwerfälligkeit der modernen Gesetzesmaschinerie würde eine derartige Praxis aber alsbald ein Chaos heraufbeschwören. Es muß daher, wie dargelegt, genügen, wenn sich die Bindungen der Verwaltung aus der Norm und in etwa aus dem Gesetzeszweck ergeben. Das aber ist beim EWG, welches ausschließlich der Aufrechterhaltung einer den modernen Lebensbedürfnissen entsprechenden Versorgung dient und eine ordnungsbewahrende, mit den Aufgaben der Gefahrenabwehr vergleichbare Funktion hat, der Fall.

[57]) So BVerfG E 7, 397; Bachof, JZ 1958, 468 ff. (469); v. M-K, Art. 2 Anm. III 6c; aA noch BVerwG NJW 1955, 963 u. 1693; Scheuner, VVDStRL 11, 61
[58]) S. 67 f.

Wenn nun Radtke die Verfassungswidrigkeit des § 7 Satz 1 EWG mit der Möglichkeit einer völligen Aufhebung der Privatautonomie begründet, so ist ihm entgegenzuhalten, daß diese Bestimmung zu einer derartigen Auffassung nicht berechtigt. Denn die allgemeinen Versorgungsbedingungen können und dürfen nur von den EVU aufgestellt, jedoch von den Energieaufsichtsbehörden geändert werden[59]). In erster Linie bestimmen die EVU, zu welchen Bedingungen sie mit den Abnehmern in geschäftliche Beziehungen treten wollen. Die hierin zum Ausdruck kommende Vertragsfreiheit unterliegt jedoch zur Durchführung des Zweckes des EWG einer Einschränkung, welche zur Sicherung einer allgemeinen und preiswerten Energieversorgung als eines überragenden Gemeinschaftsgutes zwingend erforderlich ist.

Die Bedenken Radtkes gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 7 Satz 1 EWG im Hinblick auf das Grundgesetz der Freiheit des Berufs können daher nicht geteilt werden.

III Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der §§ 12 und 13 EWG im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG

Gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 12 EWG können lediglich die gleichen Gründe wie gegen die des § 7 EWG angeführt werden, so daß sich eine weitere Prüfung erübrigt.

Als letzte der hier in Betracht kommenden Vorschriften ist § 13 EWG zu untersuchen.

Soweit § 13 Abs. 2 die Energieaufsichtsbehörden zum Erlaß von Vorschriften und Anordnungen über die technische Beschaffenheit, die Betriebssicherheit und dergleichen ermächtigt, enthält er lediglich eine Ermächtigung zur Regelung der Art und Weise beruflicher Betätigung. Daß hierin ein Verstoß gegen die Grundsätze des Art. 12 GG zu erblicken ist, kann mit Rücksicht auf die bisherigen Darlegungen nicht angenommen werden.

Wenn § 13 Abs. 1 EWG Anordnungen über die Erhaltung vorhandener und die Errichtung zusätzlicher Energieanlagen sowie über die Abgabe von Energie zu Zwecken der Landesverteidigung ermöglicht, so liegt hierin sowohl eine Ermächtigung zur Einschränkung der Privatautonomie als auch eine Ermächtigung zu Eingriffen in das „Ob" und die Art und Weise beruflicher Betätigung. Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit derartiger Maßnahmen können sich jedoch nicht ergeben. Denn diese dürfen nur getroffen werden, um die Verteidigungsaufgaben sicherzustellen. Daß die Landesverteidigung ein überragendes Gemeinschaftsgut ist, bedarf keiner Begründung. Auch die übrigen Voraussetzungen einer Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG sind gewahrt.

Nach alledem ist festzustellen, daß sämtliche Vorschriften des EWG mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sind.

[59]) D-M-R, § 7 Anm. 2a

Abschnitt C:

Die Bestimmungen des EWG und das Problem des Arbeitszwanges nach Art. 12 Abs. 2 Satz 1 GG

Wie bereits erwähnt wurde, enthält das EWG in mehreren Bestimmungen Ermächtigungen, auf Grund derer der Reichswirtschaftsminister einzelne EVU zur Fortsetzung — § 4 Abs. 2 EWG — oder zur Erweiterung ihres Betriebes — §§ 8 Abs. 1, 13 Abs. 1 EWG — verpflichten kann. Hierin liegt möglicherweise ein Verstoß gegen die Grundsätze des Art. 12 Abs. 2 GG und gegen das Verbot des Arbeitszwanges.

Jede berufliche Betätigung ist Arbeit i. S. des Art. 12 Abs. 2 GG[60]). Wenn diese Norm es nun ihrem Wortlaut nach untersagt, jemanden zu einer bestimmten Tätigkeit, die nicht als herkömmliche, allgemeine und für alle gleiche Dienstleistungspflicht begehrt wird, in Anspruch zu nehmen, so erscheint es in diesem Zusammenhang fraglich, ob es überhaupt möglich ist, ein EVU zur Lieferung von Energie anzuhalten.

Der Inhalt des Begriffes „gezwungen" i. S. des Art. 12 Abs. 2 Satz 1 GG ergibt sich, wenn man ihn zu dem der dort näher bestimmten „Dienstleistungspflichten" in Beziehung setzt. Pflichten sind Verbindlichkeiten. Diese durchzusetzen, mit anderen Worten, ihre Erfüllung zu erzwingen, ist Aufgabe des geltenden Rechts. Das erkennt auch die hier zu untersuchende Bestimmung an, indem sie die Inanspruchnahme eines Dienstleistungspflichtigen zuläßt. Ist das aber richtig, so ist zu folgern, daß die Anwendung von Zwang im Rahmen des Art. 12 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 GG rechtmäßig ist, weil sie den Zielen der Rechtsordnung entspricht. Daraus wiederum ist zu schließen, daß der Inhalt des Begriffes „gezwungen" dahin geht, es zu untersagen, jemanden, der nicht pflichtig ist, zu einer bestimmten Arbeit anzuhalten. Ein Zwang aber, dem keine Pflicht des einzelnen korrespondiert, wird vom Recht nicht anerkannt. Er ist deshalb rechtswidrig. Das wird für Art. 12 Abs. 2 GG auch von Mangoldt-Klein hervorgehoben. Diese führen aus: „Wenn Abs. 2 den Zwang zu einer bestimmten Arbeit verbietet, so meint er damit nur den unrechtmäßigen Zwang, d. h. denjenigen, dem keine rechtswirksame Verpflichtung zur Leistung einer bestimmten Arbeit zugrunde liegt"[61]).

Damit ist die angeschnittene Frage aber noch nicht beantwortet. Wenn auch nunmehr klargestellt ist, welche Bedeutung dem Wort „gezwungen" zukommt, so bleibt doch, was hier wesentlich ist, seine Beziehung zu der Wendung „bestimmte Arbeit" offen. Nur aus beiden Begriffen läßt sich herleiten, welchen Sinn Art. 12 Abs. 2 Satz 1 GG überhaupt hat. Eine Lösung ergibt sich wiederum aus dem Verhältnis von „Arbeit" und „Dienstleistungspflicht". Unter Dienstleistungspflichten sind nach einhelliger Auffassung Notstandspflichten, solche zu ehrenamtlicher Tätigkeit nach den Gemeindeordnungen oder zu Hand- und Spanndiensten etc.[62]) zu verstehen. Wie bereits aus den angeführten Beispielen ersichtlich ist, handelt es sich dabei um Dienste, die der einzelne außerhalb seiner normalen Tätigkeit vollbringt, weiter aber auch um Arbeiten, die um einer Gemeinschaft willen aus-

[60]) Bachof, Freiheit des Berufs, S. 258
[61]) V. M-K, Art. 12 Anm. VII 5b, S. 396
[62]) Vgl. statt aller Hamann Art. 12 Anm. B 10

geführt werden müssen und die der einzelne als besondere Pflicht deshalb auszuführen hat, weil er Mitglied dieser Gemeinschaft ist. Beziehen sich die Dienstleistungspflichten nun auf besondere Dienste, so läßt sich für den Begriff der Arbeit sagen, daß hiermit Tätigkeiten umschrieben sind, die der einzelne bisher noch nicht auf sich genommen hat. Dann aber kann Art. 12 Abs. 2 Satz 1 GG in der Weise ausgelegt werden, daß er es untersagt, dem einzelnen eine bisher nicht ausgeübte Betätigung aufzuerlegen, sofern er nicht zu deren Ableistung gehalten ist. Daraus folgt, daß das Verbot aus dieser Norm diejenigen Verpflichtungen nicht berührt, die aus einem bereits freiwillig ausgeübten Beruf herrühren. Diese Auffassung wird auch von Bachof vertreten, der ausführt, daß „besondere Pflichtstellungen gegenüber der Gemeinschaft, wie sie sich aus einem freiwillig begonnenen Beruf ergeben können, durch Art. 12 Abs. 2 GG zweifellos nicht betroffen werden sollen“[63]).

I § 4 Abs. 2 EWG als Ermächtigung zur Ausübung von Arbeitszwang

Nach den vorstehenden Ausführungen wäre § 4 Abs. 2 EWG mit Art. 12 Abs. 2 GG nicht vereinbar, wenn er die Energieaufsichtsbehörden dazu ermächtigte, auf die einzelnen EVU einen unrechtmäßigen Zwang auszuüben. Davon kann aber keine Rede sein. Die EVU dürfen mit hoheitlichen Mitteln zur Fortsetzung ihres Betriebes nur verpflichtet werden, wenn dadurch schwere Gefahren für eine allgemeine, qualitative und preismäßig vertretbare Energieversorgung beseitigt werden sollen. Eine derartige Inanspruchnahme ist jedoch rechtmäßig, weil ein EVU auf Grund seiner aus der freiwillig begonnenen Tätigkeit herrührenden Sozialbindung die geforderten Leistungen zu erbringen hat.

II § 8 Abs. 1 EWG als Grundlage zur Auferlegung eines Arbeitszwanges

§ 8 Abs. 1 EWG ermächtigt die Energieaufsichtsbehörden, ein EVU zwangsweise mit der Belieferung eines bestimmten Gebietes zu beauftragen. Hierin könnte ein Verstoß gegen die Grundsätze des Art. 12 Abs. 2 GG erblickt werden.

Die Eingriffe nach § 8 Abs. 1 EWG wären rechtmäßig, wenn sie sich als Ausgestaltung einer bereits bestehenden Versorgungspflicht erwiesen, wenn sie lediglich eine gegebene Pflicht i. S. einer Sozialbindung offenbarten. Die Inanspruchnahme nach § 8 Abs. 1 Satz 6 EWG konkretisiert jedoch keine vorhandene Bindung, sondern schafft einen Zwang zu einer neuen Aufgabe, d. h. zu einer bestimmten Arbeit neben der bereits vorhandenen. Daher ist für eine Anwendung der Prinzipien des Art. 12 Abs. 1 GG kein Raum. Daraus jedoch bereits eine Unzulässigkeit der Beauftragung herzuleiten, wäre verfrüht.

Art. 12 Abs. 2 GG verbietet zwar grundsätzlich jeden Zwang, läßt jedoch eine Ausnahme für herkömmliche, allgemeine und für alle gleiche Dienstleistungspflichten zu.

Fällt die Energieversorgung in einem bestimmten Bezirk aus, sei es durch Untersagung der Tätigkeit eines EVU oder auf Grund höherer Gewalt, so tritt infolge

---

[63]) Bachof, Freiheit des Berufs, S. 258

der Abhängigkeit der Gemeinschaft von einer Versorgung mit Elektrizität und Gas ein allgemeiner Notstand ein. Eine Beseitigung dieser Gefahrenlage zu ermöglichen, ist Aufgabe des Art. 12 Abs. 2 Satz 1 GG, wie dessen Entstehungsgeschichte erweist[64]).

Im Falle eines Energienotstandes ist nur ein EVU oder ein entsprechend ausgerüstetes Nicht-EVU in der Lage, zu dessen wirksamer Abwendung beizutragen. Eine allgemeine Dienstleistungspflicht besteht deshalb auch ausschließlich für derartige Unternehmen. Denn das Merkmal der Allgemeinheit soll nur besagen, daß derjenige „zu den Diensten heranzuziehen ist, auf den die Voraussetzungen zutreffen, an welche gemäß tatbestandsmäßiger Normierung die Leistungspflicht geknüpft ist"[65]).

Seit jeher ist es üblich, daß jeder in Anspruch genommen werden kann, der zur Behebung einer Notlage beizutragen imstande ist. Das ergibt sich bereits aus dem allgemeinen Ordnungsrecht, wie z. B. aus § 8 SOG oder § 20 PVG bzw. letztlich aus § 10 II 17 ALR[66]).

Notstandspflichten sind daher herkömmlich i. S. des Art. 12 Abs. 2 GG.

Wird nun gemäß § 8 Abs. 1 EWG lediglich einem einzigen EVU eine Versorgungsaufgabe übertragen, so scheint nicht beachtet zu sein, daß alle Pflichtigen gleichbelastet werden müssen[67]). Derartige Bedenken entfallen aber sofort, wenn man sich vor Augen führt, daß eine gleichmäßige Beauftragung mehrerer EVU nicht geeignet sein kann, die allgemeine Zwangslage zu beheben. Denn eine Belieferung durch verschiedene Unternehmen würde wegen der Leitungsgebundenheit der EVU auf technische Schwierigkeiten stoßen. Weiterhin müßte vor Aufnahme der Versorgung Einigkeit über deren Art und Weise erzielt werden, die jedoch bei etwaigen unrentablen Versorgungsgebieten nur schwierig zu erreichen wäre. Daher ist im Interesse einer schnellen Behebung des durch eine Untersagung eingetretenen Notstandes Gleichheit i. S. des Art. 12 Abs. 2 Satz 1 GG auch dann anzunehmen, wenn nur ein einziges EVU in Pflicht genommen wird, weil nur dieses eine EVU wirksam und dauerhaft Abhilfe schaffen kann.

Nach alledem ist § 8 Abs. 1 EWG mit Art. 12 Abs. 2 GG vereinbar.

III § 13 Abs. 1 EWG und das Verbot des Arbeitszwanges

Soweit § 13 Abs. 1 EWG die Errichtung zusätzlicher Energieanlagen für die einzelnen EVU vorschreibt, kann schon nach dem bisher Ausgeführten ein Verstoß gegen die Grundsätze des Art. 12 Abs. 2 GG nicht angenommen werden. Zwar stellt die Inanspruchnahme eines EVU nach dieser Bestimmung einen Zwang zu zusätzlicher Arbeit dar. Dieser ist jedoch schon aus Gründen der Sozialbindung auf Grund einer freiwillig begonnenen Tätigkeit rechtmäßig. Selbst wenn man dem nicht zu folgen vermöchte, so wäre er doch deshalb gerechtfertigt, weil er der Aufrechterhaltung der Landesverteidigung dient. Denn Heranziehungen für

---

[64]) JöR 1 S. 135, 138; wie hier auch Hamann, Art. 12 Anm. B 10; aA zu Unrecht Bachof, Freiheit des Berufs, S. 259; Abraham in B-K, Art. 12 Anm. II 5
[65]) V. M-K, Art. 12 Anm. VII 2c, S. 394
[66]) Dazu vgl. Landé-Hermes, Bd. II, S. 642 ff.
[67]) So BayerVerwGH 7, 77 ff. (84)

derartige Aufgaben gelten seit jeher als herkömmliche, allgemeine und für alle gleiche Dienstleistungspflichten: Im Rahmen von Verteidigungsaufgaben ist jedermann pflichtig.

Nach alledem können verfassungsrechtliche Bedenken aus dem Gesichtspunkt des Art. 12 Abs. 2 GG gegen Vorschriften des EWG nicht hergeleitet werden. Es ist daher festzustellen, daß sämtliche Bestimmungen des Gesetzes mit Art. 12 GG vereinbar sind.

Kapitel 5

Das Energiewirtschaftsgesetz und die Eigentumsgarantie

Eine geordnete Belieferung der Allgemeinheit mit Gas und Elektrizität hängt u. U. davon ab, daß Sacheigentum und Rechte Dritter für die Energiewirtschaft in Anspruch genommen und unter bestimmten Umständen solche EVU, welche die ihnen obliegenden Aufgaben und Pflichten nicht oder nicht ausreichend zu erfüllen vermögen, aus dem Versorgungsprozeß entfernt werden können. Dieser Notwendigkeit hat das EWG in hohem Maße Rechnung getragen.

Abschnitt A:

Eigentumsbindung und Enteignung

I Die Problematik des § 8 Abs. 1 EWG

§ 8 Abs. 1 EWG ermächtigt die Aufsichtsbehörden, die Weiterführung eines EVU hoheitlich zu verhindern und damit die Existenz eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes zu vernichten. Er ist daher möglicherweise als Enteignungsvorschrift zu werten.

1. Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als durch Art. 14 GG geschütztes Rechtsgut

In seinem Werk „System der öffentlich rechtlichen Entschädigungspflichten" hat Haas die Richtigkeit der Auffassung bezweifelt, welche den Gewerbebetrieb in den Kreis der durch Art. 14 GG geschützten Rechte einbezieht[1]). Dem kann nicht gefolgt werden.

Haas erkennt zunächst an, daß sich die Garantie des Art. 14 GG auf alle materiellen subjektiven vermögenswerten Rechte erstreckt. Sie umfaßt daher nicht „bloße rechtlich ungesicherte Interessen, Erwartungen und tatsächlich vorteilhafte Auswirkungen einer Gesetzeslage"[2]) sowie reine Erwerbschancen. Demgemäß hat Werner Weber im Anschluß an die Judikatur des Reichsgerichts[3]) und des Bundesgerichtshofes[4]) dargelegt: „Wenn also die Eigentumsgarantie auch in der heutigen Lage einen minimalen Bestand freiheitlicher Lebensgestaltung für alle Bürger sichern soll, so muß sie neben dem Sacheigentum auch die sonstigen Vermögens-

[1]) Haas, S. 33 Anm. 46
[2]) Scheuner in R-S. S. 95 sub b; auch Forsthoff, Lehrbuch S. 305; Werner Weber, Eigentum und Enteignung, S. 353 f.
[3]) RGZ 129, 146 ff. (148); 129, 246 ff. (250)
[4]) Vgl. u. a. BGHZ 6, 270 ff. (278)

positionen einbeziehen, mit deren Hilfe die Individuen ihre wirtschaftliche Existenz behaupten"[5]). Die Bedenken von Haas gegen die Anwendung dieser Erkenntnis aus den Gewerbebetrieb lassen sich nun nach Meinung des Verfassers nur damit erklären, daß Haas den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb mit den sich aus der unternehmerischen Tätigkeit ergebenden Chancen gleichsetzt bzw. die Geschäfts- und Verdienstmöglichkeiten als dessen Hauptbestandteil begreift. Zwar stellt der zu erwartende Gewinn sicherlich einen bedeutenden Faktor jeglicher kaufmännischer Disposition dar. Er ist jedoch keinesfalls im Rahmen des Gesamtunternehmens neben dem Kundenstamm, den angebahnten Beziehungen, der erworbenen Kreditfähigkeit und nicht zuletzt der Ausstattung mit sachlichen Mitteln u. a. m. als derart wesentlich zu begreifen, daß von ihm her der rechtliche Schutz des Betriebes bestimmt werden müßte[6]). So sieht auch die bürgerliche Rechtsordnung die Vielzahl der Komponenten, die den eigentlichen Wert eines Unternehmens ausmachen, unbestritten als eine schutzfähige Vermögensposition, als ein veräußerliches und verfügbares Recht an, für dessen Verletzung durch eine unerlaubte Handlung Schadensersatz zu leisten ist. Von diesem Prinzip im Rahmen des Art. 14 GG abzuweichen, besteht kein ersichtlicher Grund. Die Auffassung von Haas ist daher in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre abzulehnen[7]).

2. § 8 Abs. 1 EWG als inhaltsbestimmendes Gesetz

Nach der Auffassung Eiser-Riederers führt die Untersagung nach § 8 Abs. 1 EWG lediglich zur Wegnahme einer Chance — gemeint ist die Verdienstchance —, „die sich noch nicht einmal zu einem Anwartschaftsrecht, geschweige denn zu einem endgültigen Vermögensrecht verdichtet"[8]) habe. Sie sei „dem Grundsatz nach nichts anderes als etwa die Untersagung der Gewerbeausübung nach § 35 GewO", welche anerkanntermaßen nicht als Enteignungsnorm, sondern lediglich als inhaltsbestimmendes Gesetz anzusehen sei[9]).

Vor Erörterung der Darlegungen Eiser-Riederers ist im vorstehenden Zusammenhang auf ein Argument Forsthoffs einzugehen. Dieser meint nämlich, zu den Vorschriften i. S. des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG rechneten lediglich die Normen, welche „unmittelbar Eigentum regeln", nicht aber solche, „die irgendwelche Sozialabläufe festlegen und dabei Eigentum (im weitesten Sinne) berühren"[10]), wie es z. B. alle Lenkungsgesetze, zu denen auch das EWG gehört, tun sollen. Die Auffassung Forsthoffs ist jedoch auf Grund des klaren Wortlauts und der Entstehungsgeschichte des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG nicht berechtigt. So hat z. B. der Abgeordnete Dr. Schmid in der 8. Sitzung des Grundsatzausschusses erklärt, die Wendung „Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt" sei deshalb aufgenommen worden, um klarzustellen, daß dem Gesetzgeber die Möglichkeit geboten werden sollte, das Ausmaß der Verfügbarkeit jedes Eigentums normativ

[5]) Werner Weber aaO S. 353; auch v. M-K Art. 14 Anm. III 1b
[6]) Dazu auch Kleinhoff DRiZ 1958, 167
[7]) Vgl. u. a. BVerfG E 1, 277; BGHZ 8, 273 ff. (274); RGZ 129, 148; 139, 186; BVerwG E 3, 256; Werner Weber aaO S. 353
[8]) E-R Vorbem. 2e zu §§ 8 u. 9, I S. 214
[9]) Eyermann-Fröhler in L-R-E-F § 35 Anm. 1a/h
[10]) Forsthoff, Lehrbuch, S. 302

festzulegen[11]). Es besteht kein Anlaß, von diesem Willen des Gesetzgebers abweichend Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG einengend auszulegen und demgemäß Lenkungsgesetze als der Verfassungsnorm in dieser Hinsicht zugehörig zu betrachten[12]). Forsthoffs Ansicht wird auch sonst nirgends vertreten. Sie kann daher grundsätzlich den Ausführungen Eiser-Riederers nicht entgegenstehen. Ist nun § 8 Abs. 1 EWG als inhaltsbestimmendes Gesetz zu begreifen? Eine Lösung dieses Problems ergibt sich aus einer Analyse des Art. 14 Abs. 2 GG. Wenn nämlich der Verfassungsgeber hier postuliert hat, der Einsatz jeden Eigentums solle zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen, so hat er damit implicite geboten, dann von einem Gebrauch abzusehen, falls dieser für die Gesamtheit der Bevölkerung Schaden verursacht (sozialethische Eigentumsbindung)[13]). Gesetze, welche lediglich diese Schranken konkretisieren und u. a. damit einen Eigentumsmißbrauch verhindern, können daher niemals Enteignungsnormen darstellen.

Wie bereits dargelegt, soll § 8 Abs. 1 EWG dazu dienen, einen Zusammenbruch einer den Anforderungen des Gesetzes entsprechenden Energieversorgung verhindern zu helfen, indem er die Möglichkeit bietet, Unternehmen, welche den ihnen auferlegten Pflichten nicht nachzukommen vermögen, die Ausübung ihrer Tätigkeit zu untersagen. Ein derartiger Betrieb wäre auch auf die Dauer gesehen nicht in der Lage, sein Eigentum zum Wohle der Allgemeinheit einzusetzen, sondern allenfalls zu eigenem Nutzen. Da er jedoch eine zweckentsprechende Belieferung der Bevölkerung mit Gas und Elektrizität nicht mehr gewährleisten, sondern nur noch eine ungeordnete Versorgung durchführen könnte, würde sich seine Tätigkeit des weiteren erheblich zum Schaden der Allgemeinheit auswirken. So beschaffenes Eigentum kommt jedoch nicht mehr dem Postulat des Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG nach. Sein Einsatz kann daher durch eine als lediglich inhaltsbestimmendes Gesetz anzusehende Norm untersagt werden. Wenn also § 8 Abs. 1 EWG dazu ermächtigt, durch hoheitliche Maßnahmen ein EVU stillzulegen, so zieht er damit lediglich die verfassungsrechtlich gebotenen Schranken. Er ist also entsprechend den Darlegungen Eiser-Riederers nicht als Enteignungsnorm zu werten.

Dieses Ergebnis findet seine Rechtfertigung ebenfalls durch einen Vergleich mit dem § 35 GewO sowie mit den Bestimmungen der Polizeigesetze der Länder. Grundgedanke des § 35 GewO ist es, einen — schuldhaft oder schuldlos —[14]) unzuverlässigen Unternehmer aus dem Wirtschaftsprozeß zu entfernen, weil dieser nicht die Gewähr bietet, sein Eigentum auch zum Wohle der Allgemeinheit einzusetzen, und weil hier ebenfalls die Gewißheit besteht, daß er es zu deren Schaden gebraucht. § 35 GewO wird aber als Enteignungsnorm nicht angesehen[15]). Ein leistungsunfähiges EVU wäre weiterhin Störer i. S. der Polizeigesetze der Länder und hätte als solcher eine Inanspruchnahme auf Grund dieser Bestimmungen zu gewärtigen. Anerkanntermaßen stellen aber die Polizeigesetze insoweit, als sie Eingriffe i. S. der §§ 18 ff. PVG ermöglichen, keine Enteignungs-, sondern lediglich eigentumsbeschränkende Vorschriften dar[16]).

---

[11]) JöR Bd. 1 S. 146
[12]) Dazu Huber II 17; H. J. Wolff, Lehrbuch, S. 345 f.
[13]) Dazu v. M-K Art. 14 Anm. V 2a, S. 433 f.; Huber II S. 15
[14]) PrOVG GewArch 26, 544 ff. (547)
[15]) Eyermann-Fröhler in L-R-E-F § 35 Anm. 4
[16]) Drews-Wacke, Allg. Polizeirecht, S. 235; Müller-Heidelberg, SOG § 7 Anm. 2

Letztlich mag auch noch ein kommerzieller Gesichtspunkt herangezogen werden. Ein EVU i. S. des § 8 Abs. 1 Satz 1 EWG befindet sich in der Regel im Leistungsverfall. Demgemäß wäre es im Bereich der freien Wirtschaft dem Konkurs anheimgegeben. Dieser Erfolg ließe sich auch durch eine Neuzulassung gemäß § 5 Abs. 1 EWG herbeiführen. Die sich zwischen beiden Unternehmern entwickelnde Konkurrenz mit dem Ziel der Verdrängung des leistungsschwachen EVU würde sich aber zumindest für eine Übergangszeit auf die allgemeine Versorgung negativ auswirken. Diese Schwierigkeiten werden im Wege des § 8 Abs. 1 Satz 1 EWG vermieden, so daß die Bestimmung auch von diesem Gesichtspunkt her ihre Berechtigung hat.

Nach alledem ist § 8 Abs. 1 Satz 1 EWG nicht als Enteignungsvorschrift aufzufassen.

II § 8 Abs. 2 EWG als Enteignungsnorm

Nach der Ansicht Eiser-Riederers soll § 8 Abs. 2 Satz 1 EWG ebenso wie § 8 Abs. 1 Satz 1 EWG keine Enteignungsvorschrift darstellen. Die in ihm enthaltene Regelung befasse sich nämlich „lediglich mit den sich aus der Untersagung ergebenden Folgen" und ersetze „insoweit die Bestimmungen des BGB über die Unmöglichkeit der Leistung"[17]).

Ob dem zugestimmt werden kann, erscheint zumindest zweifelhaft. Eiser-Riederer ist zwar zuzugeben, daß § 8 Abs. 2 Satz 1 EWG gegenüber den §§ 275 ff., 323 ff. BGB als lex specialis zu begreifen ist und daß er die sich aus diesen Bestimmungen ergebenden Konsequenzen vermeidet. Er handelt jedoch nicht nur von den Folgen der Maßnahmen nach § 8 Abs. 1 Satz 1 EWG. In der Regel erlöschen nämlich bei der Untersagung eines Gewerbebetriebes die bestehenden Verträge mangels Ausübungsmöglichkeit. Die betroffenen Unternehmer werden daher stets bemüht sein, die ihnen hieraus erwachsenen Vermögenspositionen auf irgendeine Weise zu verwerten, d. h. gegen Entschädigung zu übertragen. Für derartige Fälle schafft nun § 8 Abs. 2 EWG eine Sperrwirkung, indem er die Rechte und Pflichten aus den Energieversorgungsverträgen ipso iure auf das beauftragte EVU übergehen läßt, und zwar nicht nur zur Nutzung, sondern endgültig. Es liegt also ein Rechtsentzug kraft Gesetzes vor und damit eine Regelung, für welche sich weder in der Gewerbeordnung noch in den Polizeigesetzen der Länder etwas Vergleichbares findet. Die Wegnahme einer (vertraglich) gesicherten Vermögensposition stellt keine Eigentumsbindung mehr dar. Sie tastet vielmehr den Wesensgehalt des Eigentums an und ist stets als Enteignung aufzufassen[18]). Aus diesem Grunde muß in § 8 Abs. 2 Satz 1 EWG eine Enteignungsnorm erblickt werden. Der gleichen Auffassung folgt offensichtlich das EWG selbst, wie aus dessen § 9 Abs. 3 hervorgeht.

III § 8 Abs. 3 EWG als Enteignungsvorschrift

Während eine Lösung des hier in Rede stehenden Problems in den Fällen des § 8 Abs. 1 EWG mit dem Gedanken der Sozialpflicht relativ einfach zu erzielen

---

[17]) E-R Vorbem. 2e zu §§ 8 u. 9, I S. 214
[18]) Vgl. OVG Hamburg VerwRspr 3, 461; Forsthoff, Lehrbuch S. 297; Ipsen, VVDStRL 10, 94 f.; Scheuner in R-S. 111; Werner Weber aaO S. 371

war und der Entzug der Rechte und Pflichten aus den Energieversorgungsverträgen gemäß § 8 Abs. 2 EWG unschwer als Enteignung qualifiziert werden konnte, bietet § 8 Abs. 3 EWG erhebliche Zuordnungsschwierigkeiten. Denn diese Bestimmung beläßt zwar den von einer Untersagung betroffenen EVU das Sacheigentum, verpflichtet sie jedoch, es auf Verlangen des Reichswirtschaftsministers einem beauftragten Unternehmen zur Verfügung zu stellen und damit auf Gebrauch und Nutzung zu verzichten. Es kann daher zweifelhaft sein, ob § 8 Abs. 3 EWG noch als inhaltsbestimmende Norm aufgefaßt oder schon als Enteignungsvorschrift angesehen werden muß.

Sowohl das BVerwG als auch die übrigen Vertreter der sog. materiellen Theorien (Schutzwürdigkeits-[19]), Zumutbarkeits-[20]) und Substanzminderungslehre[21]) entscheiden die zu prüfende Frage „nach der Schwere und Tragweite des Eingriffs", also „danach, was von dem ursprünglichen Recht nach dem Eingriff noch übrig bleibt"[22]). Müßte dieser Auffassung gefolgt werden, so wäre durch Gegenüberstellung der Rechte, die ein EVU vor dem Einweisungsbefehl, und der Befugnisse, die es nach Durchführung der Maßnahmen gemäß § 8 Abs. 3 EWG noch besitzt, eine Lösung des Problems zu suchen.

Anders als das BVerwG und das seine Ansicht billigende Schrifttum stellt die Judikatur des BGH[23]) nicht so sehr ein materielles, sondern ein formelles Abgrenzungselement in den Vordergrund, nämlich den Einzelakt (modifizierte Einzelakttheorie).

1. Die modifizierte Einzelakttheorie des BGH

Der BGH hat in seinem Beschluß vom 9./10. Juni 1952 den Standpunkt vertreten, Enteignung sei ein staatlicher Eingriff, „der die betroffenen Einzelnen oder Gruppen im Vergleich zu anderen ungleich, besonders trifft und sie zu einem besonderen, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt, und zwar zu einem Opfer, das gerade nicht den Inhalt und die Grenzen der betroffenen Rechtsgattung allgemein und einheitlich festlegt, sondern das aus dem Kreise der Rechtsträger Einzelne oder Gruppen von ihnen unter Verletzung des Gleichheitssatzes besonders trifft"[24]). Charakteristika der Enteignung sollen das unter Verletzung des Gleichheitssatzes erzwungene Sonderopfer und weiter der Einzeleingriff sein, welche diese von der Eigentumsbindung unterscheiden[25]). Bei Zugrundelegung dieser Auffassung müßte die Frage nach dem Rechtscharakter des § 8 Abs. 3 EWG zunächst danach beantwortet werden, ob diese Bestimmung zum Erlaß eines Einzelaktes ermächtigt, der ein bestehendes EVU im Verhältnis zu anderen in gleicher Lage befindlichen Unternehmen ungleich trifft.

Forsthoff hält nun die Einzelakttheorie deshalb für unrichtig, weil sie als formale Lehre kein Kriterium biete, „nach dem die Grenze zwischen Beschränkung und

---

[19]) Jellinek, Lehrbuch S. 413
[20]) Stödter, DÖV 1953, 97 ff. (100)
[21]) Schelcher, AöR 57, 321 ff. (350)
[22]) BVerwG E 11, 68 ff. (75); auch 5, 143 ff. (145)
[23]) BGHZ 6, 270 ff. (279); auch RGZ 133, 124 f. (125); 135, 308 ff. (311); 150, 9 ff. (13) ebenso u. a. v. M-K Art. 14 Anm. VII 4; Schack, Anm. zu BVerwG JZ 1958, 208 f.; Werner Weber aaO S. 372 f.; H. J. Wolff, Lehrbuch S. 345 ff.
[24]) BGH aaO 279 f.
[25]) Hierzu auch Dürig JZ 1955, 522

Enteignung gezogen werden kann"[26]) oder, wie das BVerwG darlegt, „bei allen Regelungen, die sich nicht schlechthin an die Allgemeinheit wenden oder einen einzelnen betreffen ... kein Kriterium liefert, nach dem bestimmt werden könnte, wann ein ungleich treffender Sondereingriff und wann eine allgemeine Begrenzung des in Betracht kommenden Gruppeneigentums vorliegt"[27]). Diese Ausführungen wären berechtigt, wenn der BGH und die ihm folgenden Autoren ihre Ansicht lediglich mit der Verletzung des Gleichheitssatzes als materiellem und dem Vorhandensein des Einzelaktes als formellem Element zu rechtfertigen vermöchten. Wie nämlich u. a. selbst Werner Weber als Anhänger der Lehre des BGH zum Ausdruck bringt, ist „mit der Anrufung des Gleichheitssatzes allein die Grenze zwischen Enteignung und Eigentumsbindung noch nicht verläßlich gezogen"[28]). Es bedarf vielmehr weiterer objektiv bestimmbarer Momente. Von diesen kommen insbesondere diejenigen in Betracht, die sich aus der Tradition des Eigentumsbegriffes, so wie er im BGB verankert ist, ergeben.

Das Eigentum ist dazu bestimmt, vornehmlich den Interessen seines Inhabers zu dienen. Ihm wohnt daher das Element der Individualbezogenheit inne, welches auch gemäß Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG von der Rechtsordnung zu respektieren ist, da das Eigentum als solches „nur fortexistieren" kann, „wenn der in ihm wirksame Ordnungsfaktor der Privatnützigkeit gegenüber der Allgewalt des Staates auch seinerseits gesichert ist"[29]). — Die Anerkennung des Prinzips der Privatnützigkeit als für die Abgrenzung von Enteignung und Inhaltsbindung mitbestimmendes Moment zwingt weiter dazu, auch das von Werner Weber herausgestellte Moment der Zweckentfremdung als in diesem Zusammenhang wesentliches Kriterium anzusehen[30]). Wird nämlich durch hoheitliche Zwangsmaßnahmen die Zweckbestimmung des Eigentums geändert, so kann dessen Privatnützigkeit in erheblichem Maße beeinträchtigt werden, z. B. wenn aus Gründen des Naturschutzes die Möglichkeit seiner Nutzung in der bisherigen Weise ganz oder zum Teil aufgehoben wird[31]).

Berücksichtigt man diese Erwägungen, so kann von einem rein formellen Gehalt der Einzelakttheorie, wie Forsthoff meint, nicht mehr die Rede sein. Mit den erwähnten Abgrenzungskriterien ist es vielmehr möglich, verläßlich und mit einiger Präzision die Grenze zwischen Enteignung und inhaltsbestimmendem Gesetz zu ziehen[32]).

2. Die materiellen Enteignungstheorien

Gegen die Einzelakttheorie haben sich die Anhänger der materiellen Lehren ausgesprochen.

a) Die Schutzwürdigkeitstheorie

Jellinek bestimmt die Frage, ob Enteignung oder Inhaltsbindung vorliegt, vor allem danach, ob die hoheitlichen Eingriffe in das Eigentum eine Intensität er-

---

[26]) Lehrbuch S. 301
[27]) BVerwG E 5, 145
[28]) Werner Weber aaO S. 373; BGH aaO 280 f.
[29]) Reinhardt in R-S S. 25; auch v. M-K Anm. VII 4 zu Art. 14, S. 444
[30]) Werner Weber aaO S. 374
[31]) Dazu BGH DÖV 1959, 750 f.
[32]) Dazu Werner Weber aaO S. 373

reichen, welche dessen schutzwürdigen Bereich antasten. Nach seiner Auffassung sollen nun u. a. „allgemeine Anschauungen, Sprachgebrauch, Andeutungen der Gesetze die Abgrenzung des Schutzwürdigen vom Schutzunwürdigen" ermöglichen[33]). Der Lehre Jellineks sind jedoch gewichtige Bedenken entgegenzuhalten, und zwar insbesondere deswegen, weil die allgemeinen Anschauungen ein objektives Bestimmungsmoment nicht darstellen können. Sie sind nämlich wandelbar. Das kann dazu führen, für eine bestimmte Zeit, z. B. für die Dauer eines Krieges, einen Teilbereich des Eigentums als schutzunwürdig, später aber bei Stabilisierung der Verhältnisse als schutzwürdig aufzufassen. Damit könnte jedoch ipso iure aus einem lediglich inhaltsbindenden ein Enteignungsgesetz werden, welches wegen Fehlens jeglicher Entschädigungsregelung der Nichtigkeit anheimfallen müßte. Die Abgrenzungskriterien der Schutzwürdigkeitstheorie sind daher zu ungewiß. Es werden mit der Bezugnahme auf die allgemeinen Anschauungen in den Enteignungsbegriff „Momente der Abwägung nach Werturteilen hineingetragen, die nicht bei der Begriffsbestimmung, sondern allenfalls bei der Frage der Entschädigung von Bedeutung sind"[34]).

Gegen die Schutzwürdigkeitstheorie ist auch mit H. J. Wolff ein verfassungsrechtliches Bedenken anzumelden[35]). Wenn nämlich Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG ein Junktim zwischen Enteignung und Entschädigung durch das gleiche Gesetz fordert, so ist diesem Postulat nur dann zu genügen, wenn die Merkmale der Enteignung objektiv fixierbar sind. Das ist aber bei dem Enteignungsbegriff der Schutzwürdigkeitstheorie nicht der Fall.

b) Die Zumutbarkeits- und die Substanzminderungstheorie

Wie die Schutzwürdigkeitstheorie sieht die Zumutbarkeitslehre, die vor allem von Stödter und dem BVerwG[36]) vertreten wird, in der Intensität des Eingriffs ein wesentliches Kriterium der Enteignung. Insoweit müssen gegen sie die gleichen Bedenken geltend gemacht werden, die gegen die Lehre Jellineks angeführt werden. Selbst Naumann[37]) hat als Anhänger der Theorie Stödters geäußert, daß diese letztlich dem Richter die Entscheidung überlasse, ob eine Maßnahme als Enteignung anzusehen sei oder nicht, indem sie ihn über die Frage der Zumutbarkeit nahezu im Wege des Ermessens entscheiden lasse. Auch Reinhardt[38]) übt Kritik an den materiellen Theorien, die mit ihren Abgrenzungskriterien in einen Herd von Problemen stießen, die sie nachher nur unter Zuhilfenahme sehr allgemeiner Begriffe wie Zumutbarkeit und Schutzwürdigkeit lösen könnten. Gegen derartige Einwände hat sich Stödter zwar in aller Schärfe gewandt und dargelegt, ein unzumutbarer Eingriff sei nur dann als Enteignung anzusehen, wenn er in die Substanz des Eigentums eingreife. „Verletzung der Substanz ist materiell Enteignung"[39]). Damit nähert er sich wiederum den Thesen der Substanzminderungstheorie[40]), der schon Jellinek[41]) entgegengehalten hatte, daß es auch Enteignungen

[33]) Jellinek Lehrbuch S. 413
[34]) Scheuner in R-S S. 100 f.
[35]) H. J. Wolff, Lehrbuch S. 347
[36]) Stödter, DÖV 1953, 97 ff.; BVerwG E 5, 143 ff.
[37]) Naumann DVBl 1951, 398 ff. (400 f.)
[38]) Reinhardt in R-S S. 9 f.
[39]) Stödter aaO S. 100
[40]) Schelcher AöR 57, 350; Huber II S. 25

gibt, die die Substanz des Eigentums unberührt lassen. Stödter stellt weiterhin, und insofern geht er von den gleichen Voraussetzungen wie die Einzelakttheorie aus, auf die Verletzung des Gleichheitssatzes ab, indem er darlegt: „Der im konkreten Fall vorliegende Eingriff in das Eigentumsrecht muß mit der Belastung der übrigen Eigentumsrechte, mit dem materiellen Inhalt des Eigentums überhaupt verglichen werden[42]). Gleichwohl bleibt gegen die Lehre Stödters einzuwenden, daß sie nicht klar und objektiv den Begriff der Enteignung darlegen kann. Auch sie vermag die Richtigkeit der Einzelakttheorie nicht zu erschüttern und vor allem nicht den Vorwurf Schacks zu entkräften, daß bei Abstellen lediglich auf die Intensität des Eingriffs dem Betroffenen die Berufung darauf, „daß er wegen des von ihm erbrachten Sonderopfers, unbekümmert um die Schwere (scil. des Eingriffs), Entschädigung verlangen könne, versagt"[43]). Mit Recht führt Schack aus, derartiges sei wegen der Geltung des Aufopferungsanspruches als eines in unserer Rechtsordnung verankerten Rechtssatzes unzulässig.

Nach alledem ist von der Einzelakttheorie des BGH auszugehen. Legt man deren Maßstäbe einer Beurteilung des § 8 Abs. 3 EWG zugrunde, so ist festzustellen, daß diese Norm zu Einzeleingriffen ermächtigt, welche andere EVU nicht zu dulden haben. Sie berechtigt insbesondere dazu, das Moment der Privatnützigkeit zu beseitigen, indem sie den betroffenen Unternehmen verwehrt, ihr Eigentum möglichst gewinnbringend anderweitig einzusetzen oder zu veräußern. § 8 Abs. 3 EWG ist daher als Enteignungsvorschrift anzusehen. Derartiges folgt ebenso wie im Falle des § 8 Abs. 2 EWG auch aus § 9 Abs. 3 EWG.

IV §§ 9 und 11 EWG als materielles Enteignungsrecht

Gemäß § 9 Abs. 1 EWG kann der Reichswirtschaftsminister die Zulässigkeit der Enteignung der von der Entziehung betroffenen Energieanlagen und Rechte am Grundeigentum anordnen. Es könnte zweifelhaft sein, ob diese Bestimmung materielles Enteignungsrecht darstellt, da sie ihrem Wortlaut nach nur von der „Feststellung der Zulässigkeit" handelt. Eine derartige Auslegung würde jedoch dem Sinn der Vorschrift nicht gerecht werden. Wenn diese nämlich von einer rein formellen Verleihung des Enteignungsrechtes spricht, so setzt sie damit das Bestehen einer sachlichen Enteignungsbefugnis voraus. Sie wird demgemäß auch allgemein[44]) in dieser Weise interpretiert. Ein Gleiches gilt für § 11 EWG[45]).

V Die Problematik der §§ 4 Abs. 2, 5 Abs. 1, 6 und 13 EWG

Verhindern die Aufsichtsbehörden gemäß § 4 Abs. 2 EWG die Stillegung eines EVU für die Zeit, für die eine geordnete Energieversorgung durch ein anderes Unternehmen nicht gewährleistet ist, so zwingen sie es u. U., riesige Vermögenswerte lediglich mit Rücksicht auf die Allgemeinheit entgegen seinem Willen und möglicherweise sogar zu seinem Schaden einzusetzen. Das gilt insbesondere, wenn

[41]) Jellinek aaO S. 413
[42]) Stödter aaO S. 100
[43]) Schack, JZ 1958, 209; ähnlich auch Pagenkopf, NJW 1952, 1195
[44]) Vgl. E-R Vorbem. 2e zu §§ 8 u. 9, I S. 214
[45]) Dazu auch Malzer, Recht der Leitungsverlegung, S. 25 ff.; wohl ebenso BVerwG ET 1960, S. 20

das betroffene EVU nicht mehr rentabel arbeiten kann oder aber zur Verbilligung eines ihm etwa angeschlossenen Industriebetriebes die von ihm erzeugte Energie diesem und nicht mehr der Bevölkerung zur Verfügung zu stellen beabsichtigt. In den Maßnahmen nach § 4 Abs. 2 EWG könnte daher eine Enteignung gesehen werden.

Einem EVU wird jedenfalls dann ein Sonderopfer auferlegt, wenn dessen Stilllegung trotz mangelnder Wirtschaftlichkeit verhindert wird. Zwar ist es auf Grund seiner Sozialbindung gemäß Art. 14 Abs. 2 GG verpflichtet, sein Eigentum zugleich zum Wohle der Allgemeinheit einzusetzen. Die Sozialbindung reicht aber nicht so weit, daß ein EVU seinen Betrieb zu eigenem Schaden weiterführen müßte. Soweit ein derartiges Verhalten von den Energieaufsichtsbehörden verlangt wird, wird ebenfalls die Privatnützigkeit des Unternehmens angetastet. Ein Gleiches gilt u. U. dann, wenn ein EVU gezwungen wird, solange seine Tätigkeit weiterzuführen, bis sich ein anderes Unternehmen zur Übernahme der Versorgung bereiterklärt. Es sei nur auf den Grundgedanken und die Regelung des § 18 BBauG verwiesen, nach welchem Veränderungssperren von mehr als vier Jahren Dauer eine Entschädigungspflicht auslösen[46]).

In § 5 EWG kann eine Ermächtigung zu einer Enteignung nicht erblickt werden, da ein um Zulassung nachsuchender Betrieb noch keine schutzwürdige Vermögensposition i. S. des Art. 14 GG erlangt hat. Die bloße Chance, EVU zu werden, stellt kein enteignungsfähiges Recht dar.

§ 6 EWG regelt die sog. „allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht". Dieser Kontrahierungszwang ist eine Rechtsfigur, dessen verfassungsrechtliche Problematik in erster Linie von Art. 12 GG erfaßt wird. Das Verhältnis des § 6 EWG zur Eigentumsgarantie ist daher nur sekundärer Natur.

§ 6 Abs. 1 EWG kann in dem hier zu erörternden Zusammenhang nur insoweit von Bedeutung sein, als die Bestimmung Maßnahmen der Energieaufsichtsbehörden in Beziehung auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betrifft. Regelungen nach § 6 Abs. 1 EWG verletzen dieses Recht jedoch nicht. Denn auf Grund der auf dem Gebiete der Energieversorgung bestehenden besonderen Sozialbindung ist ein EVU ohnehin verpflichtet, seinen Gewerbebetrieb vornehmlich zum Wohle der Allgemeinheit einzusetzen. Außerdem bestimmt § 6 Abs. 2 und Abs. 3 EWG, daß die allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht nur in dem Umfang besteht, in dem sie einem EVU zugemutet werden kann. Diesem wird also in jedem Fall eine reelle Verdienstchance belassen. Ein Sonderopfer wird ihm nicht auferlegt, ebenso wird der Grundsatz der Privatnützigkeit nicht angetastet. Nun kann jedoch der Reichswirtschaftsminister gemäß § 6 Abs. 4 EWG aus Gründen wichtigen öffentlichen Interesses auch dann die Innehaltung des Kontrahierungszwanges verlangen, wenn dieser sich als unzumutbar erweist, und damit ein EVU zwingen, im Interesse der Allgemeinheit Opfer an seinem Eigentum zu erbringen, welche anderen nicht auferlegt werden. Derartiges wird besonders deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß es auf Grund dieser Bestimmung möglich ist, ein EVU ohne Rücksicht auf entstehende Kosten etwa zur Belieferung eines neu aufgebauten Industriegebietes, welches sich u. U. noch in zuleitungsmäßig ungünstiger Lage befindet, zu verpflichten. In

[46]) Vgl. zu dieser Frage BGHZ 15, 268 ff.; 30, 338 ff. (348)

diesem Falle wird der Gleichheitssatz verletzt und auch das Prinzip der Privatnützigkeit erheblich beeinträchtigt. Dann aber stellt § 6 Abs. 4 EWG eine Enteignungsvorschrift dar.

Soweit § 13 Abs. 1 EWG die Aufsichtsbehörden ermächtigt, die EVU zur Errichtung zusätzlicher Anlagen sowie zur Abgabe von Energie auch über das wirtschaftlich Zumutbare hinaus anzuhalten, ist diese Bestimmung entsprechend den bisherigen Ausführungen als Enteignungsnorm anzusehen. Denn wenn ein EVU Maßnahmen erdulden muß, die seine wirtschaftliche Kraft in unverhältnismäßiger Weise in Anspruch nehmen, so wird ihm ein Sonderopfer auferlegt, welches andere in vergleichbarer Lage befindliche Unternehmen nicht zu erbringen haben. Hierin liegt gleichzeitig eine Antastung des Grundsatzes der Privatnützigkeit.

Nach alledem ist festzustellen, daß die §§ 4 Abs. 2, 6 Abs. 4, 8 Abs. 2 und 3, 9 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 13 Abs. 1 EWG Enteignungsvorschriften darstellen.

Abschnitt B:

Die Junktimklausel

Gemäß Art. 14 Abs. 3 GG ist eine Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit statthaft. Diesem Erfordernis genügen nun sämtliche Vorschriften des EWG, wie bereits im Verlaufe der bisherigen Untersuchung erkennbar geworden ist. Denn die Aufsichtsbehörden können nach dem Zweck des Gesetzes erst dann Eigentum in Anspruch nehmen bzw. Enteignungsrechte verleihen, wenn es sich zur Aufrechterhaltung oder Förderung einer allgemeinen, umfassenden und preiswerten Energieversorgung als notwendig erweist[47]).

Art. 14 Abs. 3 GG enthält weiter die sog. Junktimklausel[48]), die nach den Ausführungen Forsthoffs[49]) auf sämtliche, also auch auf vorkonstitutionelle Normen Anwendung finden soll. Vorgrundgesetzliche Enteignungsbestimmungen, die nicht gleichzeitig Art und Ausmaß der Entschädigung regeln, wären daher nach dieser Ansicht mit dem Inkrafttreten der Verfassung unwirksam geworden.

Forsthoffs Darlegungen stehen jedoch im Widerspruch zu der in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung[50]). Gegen sie sind erhebliche Bedenken anzumelden, die sich vor allem aus dem hier schon wiederholt angeführten Grundsatz herleiten, daß vorkonstitutionelles Recht nicht mit den Maßstäben gemessen werden darf, die an nachkonstitutionelles Recht zu legen sind.

Art. 153 WeimRVerf kannte ein derart hartes[51]) Junktim zwischen Enteignung und Entschädigung, wie Art. 14 Abs. 3 GG es heute vorsieht, nicht. Er bot zwar generell die Möglichkeit einer Ausgleichsgewährung, ließ jedoch auch Ausnahmen zu. Hier hat Art. 14 Abs. 3 GG grundlegenden Wandel geschaffen. Diese Vor-

---

[47]) Zur Frage der Zumutbarkeit auch BayerVerwGH E 13 I 14 ff. (16)
[48]) Dazu Ipsen VVDStRL 10, 78
[49]) Lehrbuch S. 306; wohl auch Werner Weber aaO S. 387
[50]) A. A. die h. M. Vgl. BVerfG E 4, 219 ff. (236 f.); BVerwG E 2, 35 f.; OVG Münster MDR 1953, 58; v. M-K Art. 14 Anm. VII 8c; Hamann, Art. 14 Anm. B 11; Schäfer, 41. Juristentag, Band II, C 34
[51]) Dürig JZ 1955, 521

schrift bestimmt einerseits materiell, daß jede Enteignung eine Entschädigung nach sich ziehen, und formell, daß diese Regelung im gleichen Gesetz getroffen werden muß.

Wenn Forsthoff nun die Junktimklausel auf vorkonstitutionelles Recht anwenden will, so ist ihm einerseits zuzustimmen. Art. 14 Abs. 3 GG hat für die zu untersuchende Frage nämlich insofern Bedeutung, als er vorgrundgesetzliches Enteignungsrecht ausscheidet, nach welchem Ausgleichsleistungen unzulässig sind[52]). Soweit er allerdings besagt, daß eine Enteignungsbestimmung gleichzeitig Art und Maß der Entschädigung anzugeben hat, bringt er lediglich ein förmliches Element zum Ausdruck. Insoweit kann die Junktimklausel für vorkonstitutionelles Recht keine Bedeutung haben. Denn nach anerkannten Grundsätzen gilt Recht, welches nur gegen formelle Prinzipien des GG verstößt, ohne dessen sachlichen Gehalt anzutasten, weiter.

Nach alledem ist festzustellen, daß Art. 14 Abs. 3 GG nur hinsichtlich seines materiellen Inhaltes auf Recht aus der Zeit vor Erlaß des GG anwendbar ist. Danach ist das EWG bzw. dessen hier als Enteignungsnormen in Betracht kommenden Bestimmungen nicht allein deshalb mit Art. 14 Abs. 3 GG unvereinbar, weil es nicht oder teilweise nicht Art und Ausmaß der Entschädigung regelt.

Abschnitt C:

Die Entschädigungsregelung nach dem EWG

Gemäß § 18 EWG werden Schäden, die auf Grund von Maßnahmen nach diesem Gesetz entstehen, nur dann durch Zahlungen ausgeglichen, wenn sich im EWG eine ausdrückliche Regelung findet. In allen übrigen Fällen sind Ersatzleistungen ausgeschlossen. Ähnlich dem inzwischen für nichtig erklärten § 24 RNatG[53]) schließt daher § 18 EWG auch Entschädigungen für hoheitliche Eingriffe aus, welche sich wie in den Fällen der §§ 4 Abs. 2 und 6 Abs. 4 EWG bei näherer Betrachtung als Enteignungen erweisen. Er verstößt demnach gegen Art. 14 Abs. 3 GG und ist deshalb als unwirksam anzusehen[54]).

Es fragt sich nun, ob § 18 EWG trotz seiner Ungültigkeit noch Auswirkungen auf die Enteignungsnormen des EWG haben kann, welche eine Entschädigungsregelung nicht enthalten.

Jede Ausgleichsleistung muß auf einer Rechtsgrundlage beruhen. Diese könnte für vorkonstitutionelle Normen Art. 153 Abs. 2 Satz 2 WeimRVerf abgeben. So hat auch das BVerfG[55]) ausgeführt, Bestimmungen, welche bei unbestrittener Geltung des Art. 153 WeimRVerf erlassen seien, könnten mit Rücksicht auf ihre Entstehungszeit ohne weiteres als durch diese Vorschrift ergänzt gelten, falls sie nicht ausdrücklich eine Entschädigung ausgeschlossen hätten. Derartiges ist jedoch

[52]) BVerfG E 4, 237
[53]) BayerVerfGH E 12 II 1 ff. (9)
[54]) Auch E-R § 18 Anm. 1, I S. 332; zur ähnlichen Problematik des § 24 RNatG auch Werner Weber DÖV 1955, 40 ff. (41)
[55]) BVerfG E 4, 236 f.

im EWG der Fall. Eine nachträgliche Ergänzung scheidet schon deswegen aus, weil sowohl Art. 153 Weimarer RVerf als auch § 18 EWG gemäß Art. 123 Abs. 1 GG am 24. Mai 1949 0.00 Uhr unwirksam geworden sind[56]).

Wie nun Werner Weber dargelegt hat, sollte Art. 14 GG den Eigentumsschutz gegenüber der Regelung des Art. 153 WeimRVerf erheblich verstärken[57]). Sein Sinn wäre es also, vornehmlich für zukünftiges Recht eine besondere Garantie zu schaffen, deren materiellen Gehalt aber auch auf vorkonstitutionelles Recht auszudehnen. Legt man diese Argumentation zugrunde, so müssen alle vor Inkrafttreten des GG erlassenen Normen als durch Art. 14 Abs. 3 GG modifiziert aufgefaßt werden, soweit sie eine dessen Anforderungen entsprechende Entschädigung nicht vorsehen. Daraus folgt nun für das EWG, das lediglich dessen § 18 ungültig geworden ist und die übrigen Enteignungsvorschriften als durch Art. 14 GG abgewandelt oder ergänzt gelten. Dieses Ergebnis wird u. a. bestätigt durch die Darlegungen Hubers, der es für „unvernünftig" hält, „die strenge ‚Junctim-Klausel' des Art. 14 Abs. 3 ... rückwirkend auf die älteren Gesetze anzuwenden"[58]), durch die Kommentierung Hamanns, nach dessen Ansicht „ein vorkonstitutioneller Ausschluß des Entschädigungsanspruches ... unanwendbar geworden"[59]) ist sowie auch durch die Ausführungen Werner Webers, der in bezug auf Maßnahmen nach dem RNatG trotz dessen § 24 die Möglichkeit einer Gewährung von Ausgleichsleistungen bejaht[60]). Es ist daher festzustellen, daß § 18 EWG auf die übrigen Vorschriften des Gesetzes keine Auswirkungen mehr zeigen kann. Dann aber ist für Eingriffe nach § 4 Abs. 2 und § 6 Abs. 4 EWG, welche sich als Enteignungen darstellen, die Regelung des Art. 14 Abs. 3 GG maßgebend mit der Folge, daß eine angemessene Entschädigung zu leisten ist.

§ 8 Abs. 2 und 3 EWG enthalten eine Entschädigungsregelung nicht unmittelbar. Aus § 9 Abs. 3 EWG ergibt sich jedoch, daß Enteignungen gemäß § 8 Abs. 2 und 3 nach den Grundsätzen des § 9 Abs. 2 EWG auszugleichen sind. Die genannten Bestimmungen stehen daher mit dem Grundgesetz nicht in Widerspruch. Das Gleiche gilt für § 9 Abs. 1 GG.

§ 11 EWG scheint seinem Wortlaut nach keine Entschädigungsregelung zu enthalten. Eine Auslegung dieser Vorschrift im Zusammenhang mit § 9 Abs. 2 EWG ergibt jedoch etwas anderes.

Vor Inkrafttreten des EWG richtete sich das Enteignungsverfahren nach den Ländergesetzen. An deren Stelle trat alsdann für die öffentliche Energieversorgung § 11 EWG, der demgemäß eine lex specialis darstellt. Im übrigen galten die Enteignungsbestimmungen der Länder als leges generales weiter. Diese sahen, wie sich z. B. aus § 1 des Pr.Gesetzes vom 11. Juni 1874 ergibt, teilweise einen vollständigen Ausgleich vor. Eine derartige Regelung war daher auch grundsätzlich für § 11 EWG maßgebend. Diese Auslegung wird bestätigt durch § 9 Abs. 2 EWG. Wenn dort bestimmt ist, daß die Vorschrift des § 11 EWG mit der Abweichung Anwendung finden soll, daß eine angemessene Entschädigung zu gewähren ist, so kann das nur bedeuten, daß anders als im § 11 von einer

[56]) Hierzu auch OVG Rheinland/Pfalz AS 7, 124 ff.
[57]) Werner Weber, Eigentum und Enteignung, S. 386
[58]) Huber II S. 55
[59]) Hamann Art. 14, Anm. B 11
[60]) Werner Weber DÖV 1955, 45

vollständigen Ersatzleistung Abstand genommen werden sollte. § 11 EWG steht daher einer Ausgleichsleistung nicht entgegen. Er ist deshalb auch unter dem hier zu prüfenden Gesichtspunkt verfassungsmäßig.

Die vorstehende Erörterung hat ergeben, daß sämtliche Vorschriften des EWG, die sich als materielles Enteignungsrecht darstellen, mit Art. 14 GG nicht in Widerspruch stehen. Lediglich die jede Ersatzleistung ausschließende Bestimmung des § 18 EWG ist als ungültig anzusehen.

Kapitel 6

Der Einfluß des Grundgesetzes auf die Zuständigkeitsverteilung im Energiewirtschaftsgesetz

In den vorstehenden Kapiteln ist gezeigt worden, in welchem Umfang die materiell-rechtlichen Vorschriften des EWG heute als gültig anzusehen sind. Dabei wurde nicht auf die praktisch eminent wichtige Frage eingegangen, welche Behörde oder Verwaltungsstelle ermächtigt ist, die nach dem EWG bestehenden Rechte zum Erlaß von Verordnungen, Verwaltungsakten etc. auszuüben[1]).

Abschnitt A:

Das Münchener Abkommen vom 13. März 1950 im Hinblick auf Art. 129 Abs. 1 GG sowie die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes

Nach der im Jahre 1945 außer Kraft getretenen Regelung nahm der Generalinspektor für Wasser und Energie bzw. der Reichswirtschaftsminister die Befugnisse nach dem EWG wahr. Als beide Institutionen nach Beendigung des Krieges aufgehört hatten zu existieren, gingen deren Funktionen naturgemäß auf die Stellen über, die Handlungsfähigkeit besaßen. Das waren die Länder. Aber schon am 1. Dezember 1949 erhob der Bundeswirtschaftsminister in seinem Erlaß betreffend die Wahrnehmung der Befugnisse nach dem Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft[2]) für sich den Anspruch, allein zuständige Stelle nach dem EWG zu sein, schloß jedoch mit den Ländern am 13. März 1950 das sog. Münchener Abkommen[3]), in dem er eine Teilung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern in dem Sinne vereinbarte, daß Angelegenheiten, die ausschließlich ein Land betreffen und für das übrige Bundesgebiet ohne grundsätzliche Bedeutung sind, ausschließlich von der fachlich zuständigen obersten Landesbehörde, alle übrigen jedoch von ihm im Einvernehmen mit den fachlich zuständigen obersten Landesbehörden zu regeln seien. Das Münchener Abkommen ist zwar nie veröffentlicht worden. Die Länder beachten es aber zumeist und messen ihm möglicherweise[4]) die Bedeutung eines rechtsgültig abgeschlossenen, voll wirksamen Vertrages zu[5]). Nun können jedoch weder Bund noch Länder auf die ihnen vom Grundgesetz übertragenen Kompetenzen verzichten[6]). Es ist daher allein durch Auslegung des Grundgesetzes ohne Rücksicht auf Erlasse des Bundeswirtschaftsministers oder das Münchener Abkommen zu ermitteln, wem in der heutigen Zeit die Befugnisse nach dem EWG zustehen.

---

[1]) BVerwG E 7, 114 ff.; BaerVerwGH RBeil 1953, 28 ff.; OVG Münster AS 13, 310 ff.
[2]) Veröffentlicht BAnz 1949, Nr. 35 = E-R I S. 70
[3]) Abgedruckt bei E-R I S. 72
[4]) E-R I S. 72
[5]) Zur Gültigkeit des Münchener Abkommens OVG Münster AS 13, S. 318
[6]) BVerfG E 1, 18

Seit der Entscheidung des BVerfG vom 7. Juli 1955 steht außer Streit, daß sachlich zuständige Stelle im Sinne des Art. 129 Abs. 1 GG „nicht schlechthin der allgemein staatsrechtliche Nachfolger der früher zuständigen Stelle" ist, „sondern die Stelle, die nach dem Grundgesetz sachlich zuständig wäre"[7]).

Auf Grund des Art. 74 Ziff. 11 GG ist der Bund ermächtigt, das EWG zu ändern, aufzuheben oder an dessen Stelle ein neues Gesetz zu schaffen. Von dieser Befugnis hat er bereits Gebrauch gemacht, als er durch das Außenwirtschaftsgesetz vom 28. April 1961 den § 10 EWG außer Kraft setzte.

Abschnitt B:

Die Verordnungsbefugnis des Bundeswirtschaftsministers im Hinblick auf Art. 80 Abs. 2 GG

Für den Erlaß von Rechtsverordnungen liegt die Kompetenz gemäß § 19 Abs. 1 EWG i. V. mit Art. 80 Abs. 1 GG beim Bundeswirtschaftsminister[8]). Nun bestimmt jedoch Art. 80 Abs. 2, daß Rechtsverordnungen auf Grund von Bundesgesetzen, die von den Ländern als eigene Angelegenheit oder im Auftrage des Bundes geführt werden, der Zustimmung des Bundesrates bedürfen. Es fragt sich, ob diese Bestimmung hier anwendbar ist.

Wenn auch die Länder das EWG heute gem. Art. 83 GG handhaben, so ließe sich u. U. doch die Auffassung des Bundeswirtschaftsministers (vgl. den Erlaß vom 1. Dezember 1949) vertreten, daß der Bund für die Wahrnehmung sämtlicher Befugnisse nach dem EWG kompetent ist, obwohl sich für diesen Fall im GG eine ausdrückliche Vorschrift nicht findet. Eine Befugnis des Bundes wäre jedoch

[7]) BVerfG E 4, 193; Maunz, Lehrbuch S. 211; Hamann, Art. 30 Anm. B 5; a. A. v. Turegg, NJW 1951, 868:
Die Gedankengänge v. Tureggs sind im wesentlichen folgende: Der Grundsatz der Vermutung der Landeszuständigkeit sei nur dann unumschränkt anwendbar, wenn bundeseigene Verwaltung allein und ausschließlich die im GG benannten Verwaltungsgegenstände seien. Das treffe aber nicht zu. Im GG sei lediglich die bundeseigene Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau, nicht jedoch die ohne eigenen Verwaltungsunterbau geregelt, wie sich auch aus einer Äußerung des Mitgliedes des Parl. Rates Laforet ergebe. Zu den letzteren gehöre aber die Verwaltung der Bundesministerien. Das GG beschränke also nicht die ministerielle Verwaltung. Infolgedessen seien „die Bundesministerien die als Nachfolger der Reichsministerien zur Vornahme von Verwaltungsakten in erster Linie in Betracht kommenden sachlich zuständigen Stellen im Sinne von Art. 129 Abs. 1 GG". Es ist v. Turegg zuzugeben, daß seine Ansicht in Art. 87 GG eine Stütze zu finden scheint. Die dort gebrauchte Wendung „eigener Verwaltungsunterbau" wird aber nur verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Bund nicht alle ihm ausdrücklich zugestandenen Verwaltungstätigkeiten mit eigenem Verwaltungsunterbau führen darf, sondern nur diejenigen, bei denen er dazu ermächtigt ist. Während er den auswärtigen Dienst, die Finanzverwaltung etc. mit eigenem Verwaltungsunterbau führen darf, stehen ihm auf anderen Gebieten wie z. B. dem der Kriminalpolizei und des Verfassungsschutzes nur die Ministerial- oder sonstige Zentralstufe zu. Der Passus „eigener Verwaltungsunterbau" ist daher so zu verstehen, daß der Bund, wenn er überhaupt verwalten darf, sich in besonderen Fällen eines eigenen Verwaltungsunterbaus zu bedienen hat oder bedienen kann. Art. 87 GG regelt in dem von v. Turegg zur Begründung einer Bundeskompetenz herangezogenen Teil also keine Zuständigkeitsfrage, sondern sagt lediglich etwas über die Organisationsgewalt des Bundes aus (so auch Hamann, Art 87 Anm A). Aus der Organisationsgewalt läßt sich aber nicht, wie v. Turegg es tut, auf den Umfang einer Kompetenz schließen. Die von v. Turegg gezogenen Folgerungen sind daher unrichtig.

[8]) E-R I S. 73

möglicherweise aus den Grundsätzen der Überregionalität, der Natur der Sache oder des Sachzusammenhangs abzuleiten.

Die Länder vermögen u. U. ihre Zuständigkeit zunächst unter Berufung auf eine im GG zum Ausdruck gekommene unmittelbare Vermutung zu rechtfertigen. Das GG bestimmt nämlich in Art. 87 c, daß Gesetze, die das Atomenergierecht i. S. des Art. 74 Ziff. 11 a GG betreffen, in Bundesauftragsverwaltung genommen werden können. Aus dieser Bestimmung wäre evt. — argumentum e contrario — zu folgern, daß das übrige (im EWG geregelte) Energierecht nicht gemäß Art. 87 c, 85 GG, sondern entsprechend der heutigen Übung als eigene Angelegenheit von den Ländern auszuführen ist. Eine Vermutung ist jedoch kein Beweis.

I Die Energiewirtschaft als möglicher Gegenstand bundeseigener Verwaltung i. S. des Art. 87 Abs. 1 GG

Eine Rechtsverordnung zur Durchführung des EWG bedürfte nicht der Zustimmung des Bundesrates, wenn der Bund die Energiewirtschaft in bundeseigene Verwaltung zu nehmen imstande wäre. Art. 87 Abs. 1 GG erwähnt jedoch das Recht der Energiewirtschaft nicht. Vertritt man nun den Standpunkt, diese Norm enthalte einen abschließenden Katalog, der einer Erweiterung durch stillschweigende Bundeszuständigkeiten[9]) nicht fähig sei, so muß man aus dem Schweigen des Verfassungstextes folgern, dem Bund sei es verwehrt, auf dem genannten Gebiet Verwaltungstätigkeit auszuüben. Art. 87 GG steht jedoch wie alle anderen Kompetenzvorschriften unter dem Vorbehalt des Art. 30 GG.

1. Die Bedeutung des Art. 30 GG

Unbestritten enthält Art. 30 GG „eine grundsätzliche Aussage über die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern“[10]) in der Weise, daß zur Wahrnehmung staatlicher Aufgaben prinzipiell die Länder befugt sind[11]). Daraus folgt, daß der Bund jedesmal dann, wenn er tätig werden will, eine Ermächtigungsgrundlage nachzuweisen hat. Insoweit herrscht in Schrifttum und Rechtsprechung auch Einigkeit. Die Diskrepanz der Auffassungen setzt aber dort ein, wo es um die Frage der Art und Weise des Nachweises geht.

[9]) Zur Terminologie vgl. die grundlegenden und überzeugenden Ausführungen E-Küchenhoffs, AöR 82, 413 ff.; auch (zustimmend) Achterberg, AöR 86, 63 ff.

[10]) Hamann, Art. 30 Anm. A, mit weiteren Nachweisen

[11]) Hamann aaO und Maunz, Lehrbuch S. 187, sind der Ansicht, daß Art. 30 GG eine Zuständigkeitsvermutung enthält (so auch Pathe, DVBl 1951, 681 ff.). Dagegen führen vM-K Art. 30 Anm. III 2a, S. 752 f., aus, eine Zuständigkeitsvermutung könne Art. 30 GG nicht aufstellen, da nach den Grundsätzen der allgemeinen Rechtslehre nur etwas Tatsächliches vermutet werden könne, es jedoch eine Vermutung über das Gelten von Rechtssätzen nicht gäbe. Das Problem kann jedoch dahingestellt bleiben, da im Ergebnis beide Auffassungen gleich sind. Beide sehen in Art. 30 GG einen Ausdruck des Grundsatzes der Subsidiarität der Bundeszuständigkeit. Dazu auch Werthauer, NJW 1957, 1388.

2. Die Anerkennung stillschweigender Bundeskompetenzen

Auf der einen Seite wird die Ansicht vertreten[12]), der Bund könne seine Zuständigkeit nur auf Grund positiven Verfassungsrechts dartun, er bedürfe, wie Zeidler es für den Bereich der Gesetzgebung ausdrückt, gleichsam eines verfassungsrechtlichen Titels[13]). Auf der anderen Seite wird die Möglichkeit der Begründung einer stillschweigenden Bundeskompetenz anerkannt[14]), die sich kraft Sachzusammenhangs mit geschriebenen Zuständigkeiten[15]) oder kraft Natur der Sache[16]) bzw. kraft Überregionalität als Ausfluß des Prinzips der Natur der Sache[17]) ergeben soll.

Küchenhoff grenzt die ausdrücklichen Zuständigkeiten von den stillschweigenden in folgender Weise ab: Er begreift unter den ersteren alle diejenigen, „die im Wortlaut einer Kompetenznorm so hinreichend umschrieben sind, daß sie bereits im Wege der Wortsinn- und Begriffssinn-Interpretation aus dem Gesetzeswortlaut entnommen werden können"[18]) und unter den letzteren diejenigen, die nicht im Wortlaut einer Kompetenznorm so hinreichend umschrieben sind, daß sie mit Mitteln der Wortsinn- und Begriffssinn-Interpretation abgeleitet werden können, „sondern daß es hierzu darüber hinausgehender Mittel der Rechtsgewinnung aus dem geschriebenen Verfassungsrecht bedarf"[19]). Er weist nach, daß sich diejenigen kraft Sachzusammenhangs durch Auslegung der ausdrücklichen Kompetenznormen nach „systematischen, historischen, genetischen, komparativen und teleologischen"[20]) Gesichtspunkten und diejenigen kraft Natur der Sache durch Anwendung der Rechtssatzergänzungsmittel der allgemeinen Rechtslehre auf das geschriebene Verfassungsrecht, z. B. der Analogie[21]), ergeben bzw. aus einer „gewissen Evidenz der Höherwertigkeit der Bundesinteressen vor den Gliedstaatsinteressen im Hinblick auf die nur aus geschriebenem Verfassungsrecht erschließbaren verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen für den Bundesstaat"[22]) folgen.

a) Die Auffassung Hamanns

Hamann ist der Ansicht, stillschweigende Bundeszuständigkeiten hätten schon aus allgemeinen methodischen Erwägungen unter der Herrschaft des Grundgesetzes keine Daseinsberechtigung[23]). Er versäumt es jedoch darzutun, welcher Art denn eigentlich diese Erwägungen sind. Aus der Tatsache, daß er sich auf die Ausführungen Küchenhoffs[24]) beruft, könnte allerdings gefolgert werden, er wolle sich

---

[12]) So insbesondere Maunz in M-D Art. 30 Rd. Nr. 13; Lehrbuch S. 186 f., 203; Hamann, Art. 30 Anm. B 6; Moser, DÖV 1954, 389 ff
[13]) Zeidler, AöR 86, 386
[14]) So vor allem Küchenhoff, AöR 82, 413 ff.; Achterberg, AöR 86, 63 ff.; vM-K Art. 30 Anm. III 2c
[15]) Achterberg aaO S. 65
[16]) Küchenhoff aaO S. 460
[17]) Füßlein, DVBl 1951, 33 ff. (35)
[18]) Küchenhoff aaO S. 434
[19]) Achterberg aaO S. 65
[20]) Küchenhoff aaO S. 429
[21]) Küchenhoff aaO S. 451 ff.
[22]) Küchenhoff aaO S. 478; zur Frage der Evidenz auch Achterberg aaO S. 68 ff., insbesondere Anm. 32
[23]) Hamann, Art. 30, Anm. B 6
[24]) Vgl. auch Küchenhoff DVBl 1951, 585 ff., 617 ff.

dessen Auffassung zu eigen machen und dessen Untersuchungen als richtig anerkennen. Sollte diese Annahme zutreffen, so scheint es, als ob Hamann die Ausführungen Küchenhoffs mißverstanden hat, da er meint, Küchenhoff lehne die Ansicht ab, derzufolge nicht aus dem Grundgesetz ersichtliche Prinzipien eine stillschweigende Bundeskompetenz begründen können. In Wirklichkeit besagen die Darlegungen Küchenhoffs das Gegenteil. Dieser hält lediglich eine Herleitung von Bundeszuständigkeiten kraft Sachzusammenhangs aus ungeschriebenem Recht, z. B. dem Gewohnheitsrecht, für nicht möglich, da der sachliche Zusammenhang für sich allein keine Rechtsquelle darstelle[25]).

Hamann meint weiterhin, für seine Ansicht spreche „vor allem auch die Praxis der verfassungsändernden Gesetzgebung“[26]), wie sie u. a. in dem Gesetz vom 26. 3. 1954 (BGBl I S. 54) zum Ausdruck gekommen sei. Schon daraus, daß dieses Gesetz die Bundeskompetenz auf das Wehrwesen erstreckt habe, sei zu schließen, daß, da ja sonst eine derartige Regelung nicht erforderlich gewesen sei, nach positivem Verfassungsrecht stillschweigende Bundeskompetenzen, die sich kraft Natur der Sache ergeben könnten, nicht anerkannt werden[27]). Diese Argumentation vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil eine vom Bund geübte Gesetzgebungspraxis lediglich indizienhafte Bedeutung hat, niemals aber einen vollwertigen Beweis darstellt. Sie braucht auch nicht auf rechtlichen, sondern kann allein auf politischen Gründen beruhen.

Hamann versucht seine Auffassung auch mit dem Hinweis zu rechtfertigen, daß „die Länder nicht rechtswirksam auf ihre Befugnisse verzichten können“[28]), tut jedoch nicht dar, daß es zur Begründung einer stillschweigenden Bundeskompetenz überhaupt eines Verzichtes der Länder bedarf. Gerade das ist aber thema probandum.

b) Die Darlegungen von Maunz

Maunz begründet die Unzulässigkeit der Ableitung einer Bundeskompetenz kraft Natur der Sache etc. u. a. damit, daß er ausführt, unter dem in Art. 30 GG „gebrauchten Ausdruck ‚Zulassen‘ sei nicht ein Dulden oder Gewährenlassen, sondern ein Ermächtigen oder Delegieren in dem Sinne zu verstehen“, daß eine „ausdrückliche Ermächtigung zu einer Abweichung vom Grundsatz des Art. 83“ erforderlich sei[29]). Diese könne „nicht in dem Sinne verstanden werden, daß dem Bund alles gestattet wird, was das GG nicht ausdrücklich verbietet (und damit vermeintlich geschehen läßt)“[30]). Eine andere als diese Auslegung führe auch dazu, daß sich die dem Bund für seine Kompetenz obliegende Beweislast entgegen der ratio des Art. 30 GG auf die Länder verlagere. Die Länder müßten alsdann jeweils eine Vorschrift nachweisen, aus der sich ergebe, „daß das Grundgesetz die Zuständigkeit des Bundes nicht“ dulde. „Der Sinn des Art. 30 GG, der die Beweislast dem Bund auferlegen will“, werde „also genau in sein Gegenteil verkehrt“[31]).

---

[25]) Küchenhoff AöR 82, 416 ff. (474)
[26]) Hamann aaO.
[27]) Dazu (ablehnend) Jellinek DÖV 1951, 541 ff.; Werner Weber AöR 78, 129 ff. (146)
[28]) Hamann Art. 30 Anm. B 5; BVerfG E 1, 14 ff. (18)
[29]) Maunz, Lehrbuch S. 186 f., 203; auch in M-D Art. 30 Rd. Nr. 13; vgl. auch Moser, DÖV 1954, 389 ff., Zinn AöR 75, 291 ff.
[30]) Maunz in M-D Art. 83 Rd. Nr. 32
[31]) Maunz, Lehrbuch S. 187

Daß dem Bund nicht alles gestattet sein kann, was ihm nicht ausdrücklich verboten ist, ist sicherlich richtig. Soweit ersichtlich, wird aber eine derartige Auffassung, vor allem in dieser Allgemeinheit, auch nirgends vertreten. Es ist ein Unterschied, ob dem Bund alles nicht Verbotene erlaubt oder ob ihm, was hier zu untersuchen ist, in Ausnahmefällen ein Tätigwerden aus Gründen, die in der Natur der Sache liegen oder sich aus solchen des Sachzusammenhangs ergeben, ermöglicht wird.

Die Anerkennung stillschweigender Kompetenzen führt auch nicht zu einer von der Verfassung nicht gewollten Umkehr der Beweislast. Wenn nämlich die Art. 30, 83 ff. GG diese dem Bund auferlegen, so ist nicht einzusehen, weshalb dieses Prinzip nur dann gelten soll, wenn der Bund für sich eine Norm in Anspruch zu nehmen vermag, die im GG ausdrücklich ihren Niederschlag gefunden hat, nicht aber, wenn er seine Zuständigkeit aus allgemeinen Grundsätzen herleiten will. Die Beschaffenheit des Beweismittels kann auf die Frage der Beweislastverteilung keinen Einfluß haben[32]).

Maunz begründet seine Ansicht nun auch mit der Entstehungsgeschichte des Art. 30 GG.

Im Herrenchiemseer Konvent bestand offensichtlich Einigkeit darüber, daß alle Rechte, die nicht durch das Grundgesetz dem Bund übertragen sind, den Ländern verbleiben[33]) oder, anders ausgedrückt, daß die Staatlichkeit bei den Ländern verblieben ist, soweit sie nicht zugunsten des Bundes verzichtet haben[34]). Das besagt aber nichts darüber, ob dem Bund Befugnisse ausdrücklich durch den Text des GG übertragen sein und ob die Länder auf deren Ausübung ausdrücklich verzichtet haben müssen. Im Parlamentarischen Rat ist es zu einer Klärung dieses Problems nicht gekommen[35]). Abgesehen davon ist die Entstehungsgeschichte einer Norm für deren Auslegung[36]) auch von untergeordneter Bedeutung. Das BVerfG hat nämlich wiederholt ausgesprochen, sie sei nur insofern beachtlich, „als sie die Richtigkeit einer ... Auslegung" bestätige „oder Zweifel" behebe[37]), und daß eine Interpretation in erster Linie auf den aus dem Normtext ersichtlichen objektivierten Sinn einer Bestimmung abzustellen habe[38]). Unklarheiten können deshalb auch nicht unter Berufung auf das vom Gesetzgeber ursprünglich Gewollte beseitigt werden, wenn nach Wortlaut und Sinn einer Bestimmung eine andere Auslegung möglich ist, als dem Normschöpfer vielleicht vorgeschwebt hat.

Ein weiteres Argument gegen die Annahme stillschweigender Bundeszuständigkeiten leitet Maunz aus Art. 79 GG her. Könnte nämlich der Bund kraft eines nicht im Grundgesetz ausdrücklich verankerten Prinzips seine Zuständigkeit begründen, so bedeute dieses in Wirklichkeit eine Ergänzung des GG, „ohne daß

[32]) Vgl. auch Achterberg aaO S. 81 f.
[33]) So Seebohm JöR Bd. 1, S. 296
[34]) So Laforet JöR Bd. 1, S. 297; auch Hoch ebenda S. 296
[35]) Vgl. aber die bei Haegert, NJW 1961, 1137 ff. (1139) zitierten Äußerungen des Abgeordneten Prof. Carlo Schmid, welche lauten: „Die Lebensinteressen des Ganzen dürfen nicht durch partikuläre Egoismen gefährdet werden. Was das Land ohne Schädigung des Ganzen tun kann, das soll es auch allein tun; denn es hat den Vorteil der Sachnähe"; auch Grewe in „Weinheimer Bericht 1950", S. 46
[36]) Hamann, NJW 1957, 616 ff. (618)
[37]) BVerfG E 1, 299 ff. (312); 8, 367; BVerfG JZ 1960, 404 ff.; JZ 1960, 602 f.
[38]) Dazu auch Bachof, JZ 1962, 350 ff. (351); Zimmermann, NJW 1951, 948 ff.

dessen Wortlaut ausdrücklich geändert wird[39]). Das aber sei eine versteckte und durch Art. 79 GG ausdrücklich verbotene Verfassungsdurchbrechung[40]).

Von einer Änderung oder Ergänzung kann schon begrifflich nur die Rede sein, wenn ein bestehender Zustand umgestaltet oder eine neue, bisher nicht vorhandene Regelung getroffen wird. Die Voraussetzungen des Art. 79 GG wären daher nur erfüllt, sofern eine Anerkennung stillschweigender Kompetenzen dem Bunde mehr oder anderes gewähren würde, als ihm bisher zukam. Daß eine reine Gesetzesauslegung zu einer Neuschöpfung von Befugnissen nicht zu führen vermag, dürfte offenbar sein. Das Gleiche gilt aber auch hinsichtlich der Mittel, derer sich eine Interpretation bedienen muß. Führt nun eine Anwendung der Rechtsgewinnungsmittel der allgemeinen Rechtslehre dazu, daß bisher nicht erkannte, wohl aber vorhandene Bundeskompetenzen deutlich werden, so kann in diesem bloßen Sichtbarmachen eine Verfassungsänderung oder Ergänzung nicht erblickt werden.

Danach erweisen sich sämtliche Argumente gegen die Heranziehung bestimmter außergrundgesetzlicher Prinzipien zur Begründung einer Bundeszuständigkeit als nicht durchschlagend. Diese hier vertretene Auffassung steht im Einklang mit der in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegenden Ansicht[41]). So hat das BVerfG im Fernsehurteil ausgeführt: „Eine Kompetenz aus der Natur der Sache ist begründet nach dem ungeschriebenen, im Wesen der Dinge begründeten, mithin einer ausdrücklichen Anerkennung durch die Reichsverfassung nicht bedürftigen Rechtssatz, wonach gewisse Sachgebiete, weil sie ihrer Natur nach eigenste, der partikulären Gesetzgebungszuständigkeit a priori entrückte Angelegenheiten des Reiches darstellen, vom Reiche und nur von ihm geregelt werden können. Diese Voraussetzungen für die Anerkennung einer natürlichen Bundeskompetenz gelten auch heute noch"[42]). In seinem Gutachten zum Erlaß eines Bundesbaugesetzes hat das gleiche Gericht hinsichtlich des Sachzusammenhangs dargelegt, daß „dieser eine Bundeszuständigkeit begründen könne, wenn eine dem Bund ausdrücklich zugewiesene Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne daß zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird[43]).

Schließlich mag als Indiz für die Zulässigkeit stillschweigender Bundeskompetenzen noch ein Hinweis auf die Gesetzgebungspraxis angeführt werden. Obwohl der Bund nach den Grundsätzen des Fernsehurteils keine ausdrückliche Kompetenz für den Erlaß von Rundfunkgesetzen besitzt, hat er durch das Gesetz vom 29. 11. 1960 (BGBl 862 ff.) den Deutschlandfunk und die Deutsche Welle errichtet. Das BVerfG hat eine Befugnis des Bundes hierzu in dem angeführten Erkenntnis mittelbar anerkannt[44]).

---

[39]) Maunz, Lehrbuch S. 189
[40]) So auch Jansen DÖV 1955, 436 f.; auch Achterberg aaO S. 84 f.
[41]) BVerfG E 3, 407 ff. (421); 11, 6 ff. (17); 11, 89 ff. (98 f.); 12, 205 ff. (251); BVerwG E 4, 24 ff.; OVG Münster 13, 148 ff. (151); NJW 1956, 1252 f.; Dennewitz in B-K Art. 30 Anm. II; v. M-K Art. 30 Anm. III 2c S. 753; Koellreutter, Deutsches Staatsrecht. S. 144; Köttgen JöR 3, 67 ff. (77, 93); Schäfer, DÖV 1958, 241 ff.; derselbe AöR 78, 1 ff.; Kölble, NJW 1962, 1081 ff. (1083); Scupin, VVDStRL 16, 261 ff.; Strahlenheim, Selbstverwaltung 1950, 281 ff. (nur für Natur der Sache); Voigt VVdStRL 10, 33 ff. (41); Werner Weber, AöR 78, 129 ff. (146); Werthauer NJW 1957, 1388; aA Kleinrahm DÖV 1952, 104; Naumann DVBl 1951, 584; Pathe DVBl 1951, 681.
[42]) BVerfG E 12, 205 (251); Haegert NJW 1961, 1137 (1139)
[43]) BVerfG E 3, 407 ff. (421); auch 8, 143 ff. (149); ähnlich BayerVerfGH E 13 II 32 (39 f.)
[44]) BVerfG E 12, 250

II Stillschweigende Bundeszuständigkeiten im EWG

Die Frage ist nun, ob aus dem Grundgesetz auch eine Kompetenz des Bundes in Energiewirtschaftssachen ermittelt werden kann.

1. Der Grundsatz der Überregionalität

Zunächst ist zu einem Argument Füßleins Stellung zu nehmen. Nach dessen Ansicht soll eine natürliche Bundeszuständigkeit gegeben sein, wenn der Bund Verwaltungsakte in einem sog. überregionalen Bereich zu erlassen beabsichtigt[45]). Füßleins Ausführungen beziehen sich zwar lediglich auf eine Bundestätigkeit im Rahmen des Art. 85 GG. Ihre Begründung könnte aber ebensogut für eine Regelung nach Art. 87 GG verwendet werden.

Füßlein versteht unter dem überregionalen Verwaltungsbereich denjenigen, „der sich in jedem Bundesstaat nach dem Zusammenschluß der Glieder über den territorialen Bereichen bildet und gemäß der Struktur des Bundes nur dem Bund selbst zustehen kann"[46]). Er meint also, aus einer rein faktisch verstandenen Überregionalität rechtliche Konsequenzen ableiten zu können. Dabei übersieht er, daß das GG in seinem siebten und achten Abschnitt sowie in Art. 30 den von ihm behandelten Gegenstand bereits in einer bestimmten Richtung gewürdigt hat, und zwar i. S. einer Primärkompetenz der Länder. Abweichungen von dieser Linie sind daher naturgemäß nur unter besonderen Umständen möglich und bedürfen einer besonderen Rechtfertigung, die nicht durch Berufung auf bloße tatsächliche Gegebenheiten wie das Bestehen eines überregionalen Verwaltungsbereiches[47]), sondern nur durch Auslegung des GG bzw. durch Anwendung statthafter Rechtssatzergänzungsmittel, wie der Analogie, erfolgen kann.

Muß in einem überregionalen Bereich eine Regelung getroffen werden, so bleibt, falls nicht durch Anwendung der Rechtsgewinnungsmittel der allgemeinen Rechtslehre eine Bundeszuständigkeit ermittelt werden kann, nur der Weg einer Einigung der Länder. Denn „es ist ein für den Bundesstaat entscheidender Unterschied, ob sich die Länder einigen oder ob der Bund eine Angelegenheit auch gegen den Willen der Länder oder einzelnen Länder gesetzgeberisch regeln und verwalten kann"[48]). Nach alledem ist der Begriff des überregionalen Verwaltungsaktes zur Ableitung von Kompetenzen nicht brauchbar[49]).

2. Der Sachzusammenhang und das Prinzip der Natur der Sache

Ein Sachzusammenhang zwischen der im EWG geregelten Materie und den in Art. 87 GG bezeichneten Rechtsgebieten besteht offensichtlich nicht. Ob das Prinzip der Natur der Sache eine Bundeszuständigkeit auf dem Gebiete des Energiewirtschaftsrechtes zu offenbaren imstande ist, muß höchst zweifelhaft

---

[45]) Füßlein DVBl 1951, 33 ff. (35); ähnlich Ipsen DÖV 1956, 193 ff. (199) und DVBl 1957, 321 f.
[46]) Füßlein aaO S. 35
[47]) Ähnlich für Rundfunk und Fernsehen BVerfG E 12, 251
[48]) BVerfG E 12, 252
[49]) So auch Weingardt, BayerVerwBl 1960, 174 ff. (175); Maunz in M-D Art. 83 Rd. Nr. 31

erscheinen. Eine derartige Kompetenz wäre nur entweder durch analoge Anwendung der Grundsätze des Art. 87 GG in bezug auf das EWG oder aber kraft Evidenz möglich.

Evidenz kann hier als vorliegend nicht angenommen werden, wie schon die bisherige Verwaltungspraxis erweist, nach welcher die Länder die Befugnisse nach dem EWG ausüben.

Die Ableitung einer Bundeskompetenz aus einer Analogie setzt voraus, daß das GG im Hinblick auf das Energiewirtschaftsrecht keine oder keine wirksame oder aber eine unbrauchbare Regelung vorgenommen hat, daß also eine Gesetzeslücke vorliegt[50]). Es erscheint fraglich, ob diese Bedingung erfüllt ist, da die Verfassung eine generelle Zuständigkeitsvermutung schon in Art. 30, 83 ff. GG getroffen hat. Eine Untersuchung des hiermit angedeuteten Problems erübrigt sich jedoch, da selbst bei Vorhandensein einer Gesetzeslücke eine Anwendung der Grundsätze des Art. 87 GG auf das EWG nicht möglich wäre.

Als Mittel zur Ableitung einer Bundeskompetenz kommt im vorstehenden Zusammenhang lediglich die Gesetzesanalogie, nicht aber die Rechtsanalogie in Betracht. Sie ist nur statthaft, wenn das Energiewirtschaftsrecht und damit das EWG verwaltungsmäßig in seiner Bedeutung den Materien gleichstände, die in Art. 87 GG eine Regelung erfahren haben. Eine Auslegung dieser Bestimmung nach teleologischen Gesichtspunkten ergibt jedoch, daß der Bund diejenigen Aufgaben in eigener Verwaltung erfüllen soll, die ihrer Struktur nach ohnehin wirksam von den Ländern nicht wahrgenommen werden können: Die Regelung der Beziehungen zu auswärtigen Staaten steht schon denknotwendig dem Bunde zu, da dieser allein imstande ist, den täglich wechselnden Anforderungen entsprechend die Interessen der Gesamtheit nach außen hin kraftvoll zu vertreten. Die Bundesfinanzverwaltung ist ureigenste Aufgabe des Bundes. Die Verwaltung der Bundeseisenbahnen, der Bundespost, der Bundeswasserstraßen ist Verwaltung bundeseigenen Vermögens, die von den Ländern oft nur unzulänglich wahrgenommen werden könnte, besonders wenn wie bei der Verwaltung der Bundeswasserstraßen auch internationale Interessen zu berücksichtigen sind. Das Gleiche gilt für die Schiffahrt. Daß der Bundesgrenzschutz und der Bundesverfassungsschutz nur unter der Regie des Bundes seine Aufgaben erfüllen kann, dürfte nicht weiter begründet zu werden brauchen. Ebenfalls wird kaum bezweifelt werden können, daß eine wirksame Verbrechensbekämpfung eine zentrale kriminalpolizeiliche Instanz erfordert. Das Gleiche gilt für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen.

Das Energiewirtschaftsrecht gehört offensichtlich nicht zu den Materien, welche wie die in Art. 87 GG bezeichneten sinnvoll von den Ländern nicht wahrgenommen werden können. Eine analoge Anwendung des Art. 87 GG auf das EWG ist daher nicht möglich. Dann aber steht fest, daß der Bund nicht berechtigt ist, das EWG in eigene Verwaltung zu nehmen.

Die eingangs gestellte Frage, ob der Bundeswirtschaftsminister zum Erlaß einer Rechtsverordnung der Zustimmung des Bundesrates bedarf, ist nach dem Ergebnis der vorstehenden Erörterungen zu bejahen. Daraus folgt unmittelbar, gleich-

[50]) Dazu Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 58 S. 207 ff.; Weidner JZ 1959, 698 ff. (706 ff.); Wenzel JZ 1960, 713 ff.

gültig, ob die Länder das EWG gemäß Art. 83 oder 85 GG ausführen, daß die Energieaufsicht zumindest grundsätzlich den Ländern zusteht.

Abschnitt C:

Das EWG als Gegenstand der Bundesauftragsverwaltung

Es fragt sich, ob der Bund das EWG wenn nicht in eigener, so doch in Auftragsverwaltung gemäß Art. 85 GG führen kann, mit der Folge, daß der Bundeswirtschaftsminister auf das Verwaltungsgebaren der Energieaufsichtsbehörden der Länder durch Weisungen Einfluß auszuüben vermag. Er wäre damit zwar nicht sachlich zuständige Stelle für den Erlaß von Verwaltungsakten i. S. des Art. 129 Abs. 1 GG, da auch in den Fällen des Art. 85 GG die Länder zum Erlaß von Verwaltungsakten befugt sind, jedoch mit erheblich größeren Rechten ausgestattet, als wenn die Länder gemäß Art. 83 GG tätig werden könnten.

Die Zuständigkeit des Bundeswirtschaftsministers, Weisungen i. S. des Art. 85 GG in Energiewirtschaftssachen zu erteilen, kann sich wiederum nur kraft Sachzusammenhangs oder kraft Natur der Sache ergeben.

I Der Sachzusammenhang

Eine Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs setzt eine Auslegung der Normen voraus, welche eine Bundesauftragsverwaltung gestatten. Hierfür kommen allein die Art. 87 c, 89 Abs. 2, 90 Abs. 2, 108 und 120 a GG in Betracht, von denen nur die erstgenannte Bestimmung eine energierechtliche Materie berührt. Aus Art. 87 c GG jedoch Schlüsse für die Abgrenzung der Zuständigkeiten im übrigen Energierecht zu ziehen, erscheint verfehlt. Das Atomenergierecht stellt nur einen Teil des gesamten Energiewirtschaftsrechtes dar. Es hat wegen der Gefährlichkeit der mit der Kernspaltung zusammenhängenden Vorgänge eine besondere und spezielle Bedeutung. Diese rechtfertigt auch eine Sonderregelung. Dem Bund kann es nicht gleichgültig sein, ob in seinem Bereich derart gefahrverbundene Anlagen errichtet werden. Er muß im Gegenteil außerordentlich an der Frage interessiert sein, wie und wieviele mit der Erzeugung und Nutzung von Kernenergie betraute Unternehmen errichtet werden. Ein entsprechendes Interesse braucht hinsichtlich der EVU i. S. des EWG nicht vorhanden zu sein, da deren Betrieb eine dem eines Atommeilers vergleichbare Gefahr nicht hervorrufen kann.

Es ist nun anerkannter Grundsatz der Auslegung, daß von der Regelung einer speziellen Materie nicht auf die Regelung einer allgemeinen Materie geschlossen werden kann. Ein argumentum a minore ad maius gibt es nicht. Ist aber das Atomenergierecht dem übrigen Energierecht gegenüber ein minus oder gar ein aliud, so verbietet es sich, Folgerungen aus diesem für jenes zu ziehen. Damit muß der Versuch, aus einer Auslegung des Art. 87 c GG für das EWG irgendwelche Konsequenzen abzuleiten, scheitern. Eine Zuständigkeit des Bundeswirtschaftsministers zur Erteilung von Weisungen gemäß Art. 85 GG kraft Sachzusammenhangs scheidet daher aus.

II Das Prinzip der Natur der Sache

Eine Bundeskompetenz kraft Natur der Sache kann im vorliegenden Fall ebenfalls nicht angenommen werden. Mit einer Evidenz läßt sie sich nicht begründen. Aber auch eine Analogie kann dieses Ergebnis nicht herbeiführen. Rechtsanalogie scheidet von Anfang an aus. Gesetzesanalogie ist jedoch wegen des verschiedenartigen Zweckes des auf Art. 87 c GG beruhenden Gesetzes und des EWG nicht möglich. Die verschiedenartige Gefahrenlage beider Normen läßt einen Vergleich, auf Grund dessen allein Analogieschlüsse gezogen werden könnten, nicht zu.

Nach alledem kann das im EWG geregelte Energiewirtschaftsrecht nicht in Bundesauftragsverwaltung geführt werden. Es verbleibt hier vielmehr bei dem Grundsatz des Art. 83 GG[51]).

Als Ergebnis ist festzustellen: Soweit das EWG zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt, ist der Bundeswirtschaftsminister mit Zustimmung des Bundesrates zuständig. Für den Erlaß von Verwaltungsakten liegt die Kompetenz bei den Energieaufsichtsbehörden der Länder.

[51]) Auch Benkendorff, EltW 1951, 218

Zusammenfassung

Die Bestimmungen des EWG haben sich in der vorstehenden Unersuchung im wesentlichen als dem Grundgesetz entsprechend erwiesen. Von den erörterten Vorschriften haben sich nur diejenigen als unwirksam herausgestellt, welche den Rechtsweg gegenüber Entscheidungen der Energieaufsichtsbehörden oder eine Entschädigung bei Enteignungen ausschließen. Danach sind heute als nichtig anzusehen:

§ 18 EWG	wegen Verstoßes gegen Art. 14 Abs. 3 GG
§§ 6 Abs. 4 Satz 2, 7 Satz 2 und 13 Abs. 1 Satz 3	wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 2 und 100 GG

Teilweise außer Kraft getreten sind:

§§ 2 Abs. 2 Satz 3, 8 Abs. 2 Satz 2 und 11 Abs. 2 EWG	wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 2 und 100 GG

Lebenslauf

Ich, Oltmann Heinrich Julius Klockgeter, bin am 17. August 1934 in Oldenburg (Oldb) als Sohn des am 29. April 1945 in Italien gefallenen Rechtsanwaltes Dr. jur. Oltmann Klockgeter und seiner Ehefrau Anna-Luise, geb. Eickhorst, geboren. Meine Eltern verzogen im Jahre 1941 nach Litzmannstadt/Warthegau, wo ich bis 1943 die Volksschule besuchte. Nach Evakuierung nach Ilfeld/Südharz im Jahre 1943 und nach Flucht von dort im Oktober 1945 wurde ich im Frühjahr 1946 auf das humanistische Gymnasium in Oldenburg (Oldb) aufgenommen. An dieser Schule bestand ich im Jahre 1955 das Abitur.

Vom Sommersemester 1955 bis zum Sommersemester 1958 studierte ich Rechtswissenschaft, davon zwei Semester in Göttingen, zwei Semester in München und drei Semester in Göttingen. Am 21. März 1959 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Oldenburg (Oldb) das erste juristische Staatsexamen mit befriedigend, wurde am 15. April 1959 zum Referendar ernannt und bestand am 20. Dezember 1963 die große juristische Staatsprüfung vor dem Niedersächsischen Justizprüfungsamt bei dem Niedersächs. Ministerium der Justiz in Hannover mit befriedigend.